



Les pratiques commerciales déloyales à l'aune des droits anglo-américains : approche comparative

Christophe Ferreira

► To cite this version:

Christophe Ferreira. Les pratiques commerciales déloyales à l'aune des droits anglo-américains : approche comparative. Droit. Université de Perpignan; Universitat de Girona, 2015. Français. NNT : 2015PERP0035 . tel-01284326

HAL Id: tel-01284326

<https://theses.hal.science/tel-01284326>

Submitted on 7 Mar 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par
**L'UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA ET
L'UNIVERSITE DE GERONE**

Préparée au sein de l'école doctorale INTER-MED ED544
et de l'école doctorale de l'UdG
Unités de recherche : CDED EA4216
et IECPL

Spécialité : Droit privé

Présentée par **Christophe FERREIRA**

**Les pratiques commerciales déloyales à l'aune des
droits anglo-américains : approche comparative.**

Soutenue le 4 décembre 2015 devant le jury composé de

Pr. Christophe ALBIGES , Université Montpellier I	Président
Pr. Miquel MARTÍN-CASALS , Université de Gérone	Directeur
Pr. Jean-Marc MOULIN , Université de Perpignan	Membre
Pr. Yves PICOD , Université de Perpignan	Directeur
Pr. Jordi RIBOT-IGUALADA , Université de Gérone	Rapporteur

REMERCIEMENTS.

Je tiens à remercier mes directeurs de thèse sans lesquels ces travaux n'auraient jamais vu le jour. Monsieur le Professeur Yves PICOD, qui m'a offert sa confiance, dès mes premiers travaux de recherches lors de ma formation de Master II, et l'a renouvelée lors de mon engagement dans cette thèse. Monsieur le Professeur Miquel MARTÍN-CASALS qui a ouvert mes perspectives de recherches vers une étude comparée. Merci à ces deux Professeurs de qualité pour tout ce qu'ils ont su m'apporter tant au niveau de ces travaux qu'au niveau personnel.

Merci ensuite aux Professeurs Christophe ALBIGES, Jean-Marc MOULIN et Jordi RIBOT IGUALADA qui ont accepté de lire et de juger cette thèse.

Je tiens ensuite à remercier les services administratifs et bibliothécaires des Universités de Perpignan et de Gérone.

Et plus particulièrement, je souhaite assurer de ma plus grande reconnaissance Mesdames Maria OLIVAS, Patricia BOULLOUDNINE, Suzanne GILARDOT, et Jocelyne PLA, pour leur présence, leur réactivité et leur professionnalisme.

De manière plus personnelle, je tiens à remercier l'ensemble des Professeurs de l'Université de Perpignan pour la formation et la proximité qu'ils ont su m'offrir, mais également ceux de l'Université de Gérone qui m'ont accueilli comme l'un des leurs.

Enfin, parce que je n'aurais jamais pu avancer sans eux, je tiens à remercier les membres de ma famille pour leur soutien indéfectible malgré la méconnaissance de ma situation. À ces derniers, je tiens à associer Carmen et Serge FLEURY qui pour moi sont bien plus que des amis.

J'espère que ces travaux feront honneur à toutes les personnes citées et que vous pardonneriez les imperfections qu'il contient, mes imperfections.

À Aymeric et Elisa.

SOMMAIRE.

Principales abréviations.	3
Introduction générale.	7
Partie I : L'INTERDICTION DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES.	30
Titre I Le champ d'application : les pratiques commerciales.	37
Chapitre 1 Le champ d'application <i>ratione materiae</i>	39
Chapitre 2 Le champ d'application <i>ratione personae</i>	62
Titre II Le champ d'interdiction : les pratiques commerciales déloyales.	90
Chapitre 1 Les pratiques commerciales agressives ou trompeuses.	91
Chapitre 2 Les autres pratiques commerciales déloyales.	251
Partie II : LA RÉACTION DU DROIT COMMUN À L'ÉGARD DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES.	299
Titre I Le droit des contrats.	310
Chapitre 1 L'offre et l'acceptation comme conditions de formation du contrat. . . .	320
Chapitre 2 Le consentement comme condition de validité du contrat.	335
Chapitre 3 La sanction de l'irrespect du droit contractuel.	376
Titre II Le droit extracontractuel.	392
Chapitre 1 Les fondements de la responsabilité.	393
Chapitre 2 L'effet de la responsabilité.	435

Conclusion générale.	505
Annexe.	517
Directive 2005/29/CE	518
Index alphabétique.	537
Bibliographie.	541
Ouvrages, traités, manuels et thèses.	542
Études, articles et chroniques.	563
Jurisprudences et notes.	608
Table des matières.	652

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.

A	<i>Atlantic Reporter</i>
AC	<i>Appeal Court</i>
AD	<i>Appellate Division Reports</i>
Aff.	Affaire
aff'd	<i>Affirmed</i>
AGCM	<i>Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato</i>
AJ	Actualité juridique (Dalloz)
Ala.	Alabama
ALI	<i>American Law Institute</i>
All ER	<i>All England Law Reports</i>
Am. Jur.	<i>American Jurisprudence</i> (Lexis-Nexis)
Anor.	<i>(and) another</i>
Ariz.	Arizona
Ark.	Arkansas
ARPP	Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité
Art.	Article
B2B	<i>Business to Business</i>
B2C	<i>Business to Consumer</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BVP	Devenu ARPP
C.	Contre
C&P	<i>Carrington & Payne's Nisi Prius Reports</i>
C2C	<i>Consumer to Consumer</i>

CA	Cour d'appel
Cal.	California
Can.	Canada
Cass.	Cour de cassation
CB	<i>Common Bench</i>
CCC	Contrats Concurrence Consommation (LexisNexis)
CCE	Communication Commerce électronique (LexisNexis)
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CETA	<i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i>
Cir.	<i>Circuit</i>
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CLY	<i>Current Law Yearbook</i>
CMA	<i>Competition and Markets Authority</i>
CNC	Conseil National de la Consommation
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Colo.	Colorado
Comm. com. électr.	Communication Commerce électronique (LexisNexis)
Conn.	Connecticut
Conv.EDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CSA	Conseil Supérieur de l'Audiovisuel
CSP	Code de la Santé Publique
D.	Recueil Dalloz
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
DG EXPO	<i>Directorate-General for External Policies</i>
DGCCRF	Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
Del.	Delaware
Dir.	Directive
Dist. Col.	District of Columbia
DLR	<i>Dominion Law Reports</i>
EMLR	<i>Entertainment and Media Law Reports</i>
EWCA	<i>England and Wales Court of Appeal</i>
EWHC	<i>England and Wales High Court</i>
F.	<i>Federal Reporter</i>
Fed.	<i>Federal Reporter</i>
Fla.	Florida
FCC	<i>Federal Communications Commission</i>

FSR	<i>Fleet Street Reports of Patent Cases</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais (Lextenso éditions)
GLO	<i>Group Litigation Order</i>
Harv L. Rev.	<i>Harvard Law Review</i>
Haw.	Hawaii
HL	<i>House of Lords</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
ICR	<i>Industrial Cases Reports</i>
Ill.	Illinois
Ind.	Indiana
IRLR	<i>Industrial Relations Law Reports</i>
JCl.	JurisClasseur
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)(LexisNexis)
JDI	Journal de droit international
JDP	Jury de Déontologie Publicitaire
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
Kan.	Kansas
KB	<i>King's Bench</i>
Ky.	Kentucky
L. Rev.	<i>Law Review</i>
La.	Louisiana
LC	<i>Law Commission</i>
LCEN	Loi de Confiance dans l'Économie Numérique
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Lloyd's Rep.	<i>Lloyd's Law Reports</i>
LPA	Les Petites Affiches (Lextenso éditions)
LRA	<i>Lawyers' Reports Annotated</i>
LT	<i>Law Times Reports</i>
M&W	<i>Meeson and Welsby's Exchequer Reports</i>
Mass.	Massachusetts
Me.	Maine
Mich.	Michigan
Mo.	Missouri
Mont.	Montana
NAD	<i>National Advertising Division</i>

NC	North Carolina
NE	<i>North Eastern Reporter</i>
Neb.	Nebraska
Nev.	Nevada
NH	New Hampshire
Not.	Notamment
NSR	<i>Nova Scotia Reports</i>
NSWLR	<i>New South Wales Law Reports</i>
NW	<i>North Western Reporter</i>
NY	New York
NZLR	<i>New Zealand Law Reports</i>
OFT	Devenue CMA
Okla.	Oklahoma
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
Ont.	Ontario
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
OPC	<i>Office of the Privacy Commission</i>
Or.	Oregon
Ors	<i>(and) others</i>
P.	<i>Pacific Reporter</i>
p.	Page(s)
PETL	<i>Principles of European Tort Law</i>
PUF	Presses Universitaires de France
QB	<i>Queen's Bench</i>
RDLC	Répertoire Dalloz des Collectivités Locales
Rec.	Recueil
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé (Dalloz)
RJ	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi</i>
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires (éditions F. Lefebvre)
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RPC	<i>Reports of Patent Cases</i>
RSC	<i>Revised Statutes of Canada</i>
RTD	Revue trimestrielle de droit (Dalloz)
s.	(et) Suivant(e)
SCC	<i>Supreme Court of Canada</i>
SD	South Dakota
SE	<i>South Eastern Reporter</i>

So.	<i>Southern Reporter</i>
Sqq.	<i>Sequunturque</i>
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
Sup. Ct.	<i>Supreme Court</i>
SW	<i>South Western Reporter</i>
T.Com.	Tribunal de Commerce
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
TFUE	Traité de Fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de Grande Instance
TPA	<i>Trade Practicies Act</i>
TPI	Tribunal Pénal International
TS	<i>Tribunal Supremo</i>
TTIP	<i>Transatlantic Trade and Investment Partnership</i>
TUE	Traité sur l'Union européenne
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i>
US	<i>Reports of Cases in the Supreme Court of USA</i>
USC	<i>United States Code</i>
USPQ	<i>United States Patent Quarterly</i>
UT	Utah
UWG	<i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i>
V.	<i>Versus</i>
Vº	<i>Verbo</i>
Va.	Virginia
Vol.	Volume
Vt.	Vermont
W.Va.	West Virginia
WIPO	<i>World Intellectual Property Organization</i>
Wis.	Wisconsin
WL	<i>Wellington District Law Society Library</i>
WLR	<i>Weekly Law Reports</i>
WP	<i>Working Paper</i>
WTO	<i>World Trade Organization</i>
Wyo.	Wyoming

Introduction générale.

- 1 La présente étude vise à comparer les régimes adoptés par les deux grands groupes de droits occidentaux que sont celui des États ayant adopté un régime de droit civil et celui des États ayant adopté la *common law* pour encadrer les pratiques commerciales dites déloyales.

Cela étant, de manière préliminaire, il semble nécessaire d'expliquer les termes de l'intitulé des présents travaux.

- Les pratiques commerciales déloyales, tout d'abord, seront limitées aux pratiques encadrées par la directive 2005/29/CE, c'est-à-dire soit les pratiques commerciales trompeuses ou agressives vis-à-vis d'un consommateur lui portant économiquement préjudice, soit les pratiques commerciales déloyales, car étant contraires à la diligence professionnelle et altérant ou étant susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur visé. La considération européenne de ces pratiques sera comparée à celle pratiquée par le droit américain.
- Le droit européen ensuite, fait référence aux droits appliqués sur le continent européen. En ce sens, il inclut alors également le Royaume-Uni.
Celui-ci mêle alors traditions romano-germanique et franco-normande ayant créé le système dit de *common law*. Mais le droit européen consiste également en celui produit par et pour l'Union européenne, il s'agira dès lors d'étudier d'une part, les pratiques commerciales déloyales d'origine européenne, mais également les projets et propositions d'harmonisation, notamment du droit des contrats ou de l'indemnisation, portés soit par l'Union européenne, soit par des groupes de réflexion au profit de cette dernière.
- Le droit américain finalement, fait référence aux droits nord-américains, c'est-à-dire principalement aux droits imposés aux États-Unis d'Amérique et au Canada. Ces droits issus des colonisations européennes mêlent alors nécessairement les traditions de *common law* et de droit romano-germanique.

- 2 Ainsi pour une complète compréhension du sujet, il est nécessaire de distinguer les deux grands systèmes occidentaux de droit que sont celui de tradition romano-germanique et celui reposant sur la *common law*. *A priori*, ces deux systèmes pourraient être différenciés par ce que la formule du *Black's Law Dictionary* illustre de manière lumineuse en affirmant que si dans le système continental « le code précède les jugements, la *common law* les suit »¹.

Cela étant, sans vouloir rechercher les détails d'une comparaison complète pour laquelle une thèse ne suffirait pas, il convient de définir plus précisément ces deux systèmes afin de mieux les comparer.

- 3 Tout d'abord, tel que l'affirme le Professeur BULLIER², le terme *common law* a plusieurs acceptions en anglais.

Il s'agit d'une part, à l'origine, du droit administré par les Cours royales de Westminster. Il était en effet question, jusqu'en 1650, de traiter de la *Commune Ley* qui contrastait par sa

1. Garner B.A. et Black H.G. (dirs.), *Black's law dictionary*, 9th ed, St. Paul, MN : West, 2009, 1920 p. V° *Common Law*.

2. BULLIER A.J., *La Common law*, Paris : Dalloz, 2012.

source commune et royale avec les différents systèmes juridiques coexistants dans le Royaume d'Angleterre du Moyen-Âge à la Renaissance.

Mais il s'agit également, de manière plus moderne d'une partie du droit anglo-américain, par rapport à l'*equity* et à la législation.

L'*equity* ne sera pas considérée au sein de ces travaux qui ne feront qu'étudier le droit commun issu d'une part de la *common law* et d'autre part des droits statutaires. Mais il importe toutefois de préciser que cette notion d'équité devra alors être entendue au sens de l'équité aristotélicienne, ou objective³, « qui adapte la justice légale aux circonstances de fait pour la rapprocher de la vraie justice, la justice absolue »⁴. Il s'agit donc, pour les États de *common law*, de corriger les règles trop strictes de la *common law* afin que la réparation de l'injustice ne soit pas elle-même créatrice d'injustice.

Ainsi, la *common law* et l'*equity* n'ont pas de domaine propre, mais l'*equity* complète et corrige la *common law* sur certains points. En réalité, lorsqu'il statue en équité, le juge considérera davantage les circonstances. Cette distinction apparaît particulièrement dans la distinction entre la contrainte de *common law* (la *duress*) et l'abus d'influence de l'*equity* (l'*undue influence*). Si ces deux notions vicient de la même manière le contrat, il apparaît que l'abus d'influence recherche à situer corrélativement les parties.

- 4 En outre, le terme de *common law* est difficile à traduire en français, c'est pourquoi les auteurs tendent à s'opposer sur sa définition et au-delà même sur son caractère masculin ou féminin. Cette difficulté provient de la double acception du terme se référant à la fois à la loi, mais également au droit.

En d'autres termes, il serait possible de considérer « le » *common law* au masculin comme formant le droit commun⁵, mais également au féminin comme constitutif d'une loi commune⁶. Au sein de ces travaux, s'il est reconnu que la justification notamment offerte par Messieurs LEGRAND et SAMUEL est séduisante, l'emploi du féminin sera préféré. En effet, le terme provient du franco-normand *commune ley*, ce qui a permis à Richard A. Cosgrove d'intituler l'un

3. En opposition avec l'équité des stoïciens, ou subjective, qui vise la bienveillance envers autrui se rapprochant alors davantage de la loyauté.

4. MALAURIE PH. et MORVAN P., Introduction au droit, 5^e éd. à jour au 15 juillet 2014, Paris : LGDJ, 2014 (Droit civil), 408 p., n° 42 ;

Voir aussi ARISTOTE, Éthique à Nicomaque, traduit par J. TRICOT, Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 1959 (Bibliothèque des textes philosophiques). Livre V, Chap. 14.

5. En ce sens : LEGRAND P. et SAMUEL G., Introduction au common law, Paris : La découverte, 2008 (Repères) ;

LEGRAND P., Le droit comparé, 4. éd, Paris : Presses Univ. de France, 2011 (Que sais-je ?), 127 p ;

Suivi par FAIRGRIEVE D. et MUIR WATT H., Common law et tradition civiliste, [Paris] : Presses universitaires de France, 2006.

Voir également TERRÉ F., Introduction générale au droit, 9^e édition, Paris : Dalloz, 2012 (Précis), 652 p., not. n° 61.

6. Voir not. : BULLIER A.J., La Common law, Paris : Dalloz, 2012 ;

CABRILLAC R., Introduction générale au droit, 9^e édition, Paris : Dalloz, 2011 (Cours Dalloz Série droit privé), 272 p.

FROMONT M., Grands systèmes de droit étrangers, 7^e édition, Paris : Dalloz, 2013 (Les mémentos) ;

Malaurie Ph. et MORVAN P., Introduction au droit, 5^e éd. à jour au 15 juillet 2014, Paris : LGDJ, 2014 (Droit civil), 408 p.

de ses ouvrages *Our Lady the Common Law*⁷. Cette utilisation du franco-normand est due à la victoire en 1066 de Guillaume le Conquérant lors de la bataille d'Hastings, ce qui permettra en outre aux enseignements d'être dispensés jusqu'en 1650 en franco-normand. La connaissance de l'emploi de cette langue permet donc de rejeter d'emblée l'emploi de l'anglais comme cause principale de la réunion des nations sous le régime de *common law*. En effet, ces dernières (emploi de l'anglais et réunion sous le régime de *common law*) seraient plutôt un effet de la colonisation menée par l'Empire britannique. Dès lors, ce qui distingue la *common law* des droits issus de la Rome antique, c'est-à-dire principalement des droits latino-germaniques, provient du pragmatisme anglais qui se retrouve naturellement dans son système juridique. Ils ne se baseront pas sur les codifications justiniennes, déjà appelées *corpus juris civilis*, mais sur la pratique des avocats et des juges. D'ailleurs, ces deux professions sont largement liées en Angleterre où à l'inverse du juge fonctionnaire français, le juge anglais est recruté parmi les avocats. Il est alors question d'*elevation to the bench* : synonyme de consécration professionnelle⁸.

- 5 Si le Royaume-Uni, qui détenait une place centrale dans le système de *common law* au moment des colonisations, a aujourd'hui perdu son statut d'empire, il garde néanmoins un rôle de référence pour les autres États de *common law*.

En ce sens, la Chambre des Lords (remplacée depuis le 30 juillet 2009 par la Cour suprême du Royaume-Uni) garde une influence importante sur les autres Cours suprêmes, sauf sur celle des États-Unis ayant souhaité son émancipation.

Cependant, il ne s'agit ici que d'un rôle de référence et il est possible qu'une Cour suprême se détache de la position anglaise. En effet, la grande force de la *common law* est sa capacité à s'adapter aux différentes situations et aux différentes sociétés qu'elle régit.

Dès lors, le droit des nations de *common law* peut être développé selon une interprétation propre ou selon une référence aux solutions extérieures. En ce sens, il est d'ailleurs intéressant de noter que les décisions de la Cour suprême canadienne se réfèrent tant aux décisions américaines qu'anglaises. L'Angleterre a donc perdu son monopole quant au statut de référence au profit de la superpuissance voisine que sont les États-Unis.

De la même manière, les États-Unis n'appliquent pas de manière uniforme la *common law*. Cette situation est due à une décision de la Cour suprême des États-Unis affirmant qu'elle ne pouvait pas imposer une *common law* au niveau fédéral⁹ dans les matières qui ne rentrent pas dans son champ de compétence¹⁰. Il existe alors des *common laws* régies au niveau des États fédérés qui diffèrent, mais qui restent liées par des principes issus du droit anglais. En

7. COSGROVE R.A., *Our lady the common law : an Anglo-American legal community, 1870-1930*, New York : New York University Press, 1987, 330 p. KD671 .C67 1987.

8. FAIRGRIEVE D. et Muir Watt H., *Common law et tradition civiliste*, [Paris] : Presses universitaires de France, 2006.

9. *Erie Railroad Company v. Harry J. Tompkins*, 304 U.S. 64 ; 58 S. Ct. 817 ; 82 L. Ed. 1188 ; 1938 U.S. LEXIS 984 ; 11 Ohio Op. 246 ; 114 A.L.R. 1487

10. Il importe alors ici de préciser que l'amendement X de la Constitution américaine dispose que les pouvoirs qui ne sont pas expressément délégués à l'État fédéral par la constitution restent du ressort des États fédérés.

Amendment X : The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.

d'autres termes, s'il est de tradition de considérer que la *common law* trouve sa source dans la jurisprudence, cette affirmation doit être nuancée en ce sens que ce sont les principes et non les décisions qui forment la *common law*¹¹. Bien sûr, ces principes seront repris par les décisions et *in fine* les jurisprudences pourront par la suite servir de base juridique, mais la source même de ces jurisprudences sera les principes de droit anglais. Cette situation explique les nombreuses similarités d'interprétation, ce qui permet notamment l'élaboration de *Restatements of Law*¹².

- 6 En outre, l'opposition traditionnelle entre *common law*, semblant réserver aux juges le pouvoir législatif, et droit continental codifié doit également être nuancée.

Tout d'abord, l'emploi du droit statutaire se développe fortement et le Royaume-Uni, comme tout membre de l'Union européenne, se trouve de plus en plus soumis aux réglementations européennes qu'il transpose au sein de ce dernier type de législation.

D'autre part, le juge continental dispose également de pouvoir quasi législatif et peut, tout comme le juge de *common law*, adapter les principes, notamment de responsabilité pour faute ou de responsabilité contractuelle, à des situations nouvelles ou non prévues par le législateur.

Enfin, la *common law* « peut parfaitement s'accommoder de l'existence de codifications systématiques, formelles ou informelles »¹³. Il sera d'ailleurs, au sein de ces travaux, souvent fait référence aux *Restatements* développés par l'*American Law Institute*.

- 7 Il apparaît dès lors, en ce qui concerne la forme du droit, que tant le Royaume-Uni, berceau de la *common law*, que les États-Unis ne réservent pas à la *common law* l'exclusivité génératrice de Droit.

— Concernant le Royaume-Uni tout d'abord, il possède un système parlementaire de gouvernance, ce qui implique que tous les pouvoirs proviennent du Parlement du fait du principe de suprématie de ce dernier.

La législation est dès lors la source la plus importante du système législatif anglais¹⁴.

Trois sources coexistent au Royaume-Uni :

- les actes parlementaires nommés statuts, législations, ou actes ;
- les législations secondaires, déléguées ou subordonnées qui consistent en une délégation de pouvoirs afin qu'une autorité spécialisée puisse compléter et/ou préciser un statut initial ;
- enfin les sources européennes qui impactent largement les droits anglais. C'est notamment le cas de la directive 2005/29/CE, mais également de la Conv. EDH.

Toutes ces législations sont dès lors interprétées par le juge, à l'instar de ce qui se pratique dans les pays de tradition romano-germanique, qui peuvent, tout comme les magistrats

11. BULLIER A.J., *La Common law, op cit.*, p. 19-20.

12. FROMONT M., *Grands systèmes de droit étrangers*, 7^e édition, Paris : Dalloz, 2013 (Les mémentos).

13. FAIRGRIEVE D. et MUIR WATT H., *Common law et tradition civiliste, op. cit.*.

14. SERVIDIO-DELABRE E., *The legal system of a Common law country : the British legal system, the American legal system, constitutionally protected rights of the USA*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2014.

français, surseoir à statuer afin d'obtenir l'interprétation de textes de l'Union européenne par la CJUE.

Ainsi, selon le principe de souveraineté du Parlement, si un statut est voté, et s'il permet la résolution d'un litige, alors il doit être appliqué en priorité. Les juges doivent donc interpréter l'acte et cette interprétation obtient une force de Loi.

À l'inverse, s'il n'y a pas d'acte législatif, le juge pourra employer toute autre source de droit et notamment la *common law*. Ceci impose une distinction : soit il y aura un précédent et la juridiction devra appliquer ce dernier, soit elle devra raisonner selon le raisonnement de la *common law*, c'est-à-dire principalement par analogie.

Reste à savoir en quoi consiste un raisonnement par analogie. Tel que l'indique Duncan FAIRGRIEVE et Horatia MUIR WATT¹⁵, il ne consiste pas à induire un principe général de la juxtaposition de cas particulier pour ensuite en déduire une nouvelle application particulière, mais à étendre la portée de la décision particulière à d'autres litiges subséquents. Cela étant, la doctrine des précédents n'impose pas à toutes les juridictions de suivre toutes les décisions prises par les autres. Une hiérarchie est dès lors nécessaire. Selon cette dernière :

- les décisions de la CJUE lient toutes les juridictions anglaises, y compris celles de la Cour suprême depuis l'*European Communities Act* de 1972 ;
- les décisions de la Cour suprême lient toutes les autres juridictions.
Jusqu'en 1966¹⁶ la Chambre des Lords considérait qu'elle était elle-même liée par ses propres décisions ;
- la division civile de la Cour d'appel est liée par les décisions de la CJUE et de la Cour suprême ainsi que par ses propres décisions sauf si deux décisions précédentes entrent en conflit ou si sa décision précédente entre en conflit avec une décision de la Cour suprême ou a été prise *per incuriam*, c'est-à-dire négligemment, en ignorant les dispositions légales ou décisions judiciaires contradictoires ;
- la division criminelle de cette même Cour ne sera pas liée par ses propres décisions, pour les mêmes raisons, mais également si une décision rendue conformément à ces derniers serait source d'injustice ;
- les divisions de la Haute Cour se trouveront liées par les décisions des juridictions supérieures ainsi que les leurs sauf dans les cas d'exceptions relevées pour la Cour d'appel ;
- enfin, la Haute Cour sera liée par les décisions des juridictions supérieures, mais ne le sera pas par ses propres décisions qui pourront cependant être prises en considération.

15. FAIRGRIEVE D. et MUIR WATT H., *Common law et tradition civiliste*, *op.cit.*

16. Practice statement (1966) 1 WLR 1234.

Bien sûr, l'ensemble de la décision alors considérée n'aura pas autorité de Loi et seul le raisonnement légal aura cette force contraignante¹⁷.

- Concernant les États-Unis, l'étude du système légal est compliquée par le fédéralisme, mais de manière générale il peut être considéré que la hiérarchie suivante peut être retenue¹⁸ :

- le droit suprême est le droit constitutionnel avec à sa tête la Constitution de l'État fédéral ;
- viennent ensuite les droits statutaires qui forment depuis la seconde moitié du XIX^e siècle la première source de droit américain.

Le droit statutaire fédéral, conformément à la clause de suprématie, une fois promu par le gouvernement, est applicable dans tous les États et est supérieur à toutes les sources étatiques de droit (y compris les Constitutions). À l'inverse, les statuts des États fédérés ne sont applicables qu'au sein de ces derniers.

Il convient dès lors de préciser que la moindre autorité morale de la *common law* aux États-Unis engendre et encourage l'adoption plus fréquente de lois statutaires ;

- puis les *executive orders* équivalant en partie les législations secondaires anglaises, les ordonnances ou décrets locaux, et enfin les réglementations administratives relatives aux services publics ;
- ce n'est qu'à cet échelon qu'intervient la *common law* qui est en réalité celle de l'État de la juridiction saisie, qu'il s'agisse de l'État fédéral ou d'un État fédéré.

La doctrine des précédents vient tout de même s'appliquer en reposant sur les mêmes mécanismes que ceux retenus au Royaume-Uni. Ainsi, les décisions de la Cour suprême des États-Unis lient toutes les autres juridictions fédérales ou étatiques. Elle n'est quant à elle pas liée à ses propres décisions, mais essaie tout de même de garder une constance dans sa jurisprudence.

Pour les autres Cours, la liaison se fait comme en droit anglais de la Cour supérieure vers les Cours inférieures, à la différence cependant, qu'il existe des limitations notamment dues au fédéralisme imposant une division par États (les juridictions ne se lient qu'au sein d'un même État), ou par circonscriptions fédérales (les Cours d'appel fédérales étant divisées par circonscription ou *circuit*, la décision d'une Cour d'appel fédérale ne lie que les *district courts* de la même circonscription).

Cette jurisprudence et les positions les plus largement acceptées sont reprises par les *Restatements* qui permettent d'obtenir une vision uniforme de la *common law* américaine.

17. Il s'agira alors du *ratio decidendi*.

18. SERVIDIO-DELABRE E., The legal system of a Common law country : the British legal system, the American legal system, constitutionally protected rights of the USA, *op. cit.*

- Enfin de manière incidente, la force des traités est supérieure aux sources des États fédérés, inférieure à la Constitution fédérale, et égale au droit fédéral, sauf lors de contrariété, où la source la plus récente sera privilégiée.

8 À l'inverse, les droits de tradition romano-germanique, englobant alors les droits français et espagnol, mais plus largement les droits du continent européen (à l'exclusion du Royaume-Uni) et d'Amérique latine dont la parenté européenne reste prégnante¹⁹, n'accordent pas de force obligatoire aux précédents²⁰. Ainsi, une décision rendue par une juridiction ne s'impose pas aux autres. En effet, il s'agit d'États où le droit consiste en un amalgame de solutions romaines et germaniques. Ainsi, si les droits de ces pays diffèrent, ils s'apparentent par une classification d'origine romaine, mais surtout par une fondation du droit reposant sur la loi le plus souvent codifiée²¹.

Cependant, les décisions, notamment de la Cour de cassation, pourront servir de base de raisonnement aux juges du fond. En outre, il est important de préciser que la directive 2005/29/CE, et plus généralement l'emploi de la technique d'harmonisation maximale, permet d'intégrer une partie de la technique du précédent dans des droits de tradition romano-germanique. En effet, les raisonnements de la CJUE concernant les méthodes de qualification des pratiques commerciales comme étant déloyales, véritable *ratio decidendi*, seront suivis par les juridictions nationales et même par le législateur sous peine de se trouver sanctionné²².

Il ne faut cependant pas interpréter cette situation comme une consécration au niveau européen de la doctrine du précédent. En ce sens, la CEDH, bien que considérant « qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents », affirmait ne pas être « formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs »²³.

Cela étant, l'autorité de la jurisprudence ne doit pas être négligée. En effet, d'une part, la France connaît une suprématie de la jurisprudence en droit administratif, souvent qualifié de prétorien parce que d'origine essentiellement jurisprudentielle²⁴.

En matière civile, l'article 5 du Code civil est venu interdire les arrêts de règlement, il appartient ainsi aux juges de ne pas « se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises ». En outre cette règle est renforcée par la relativité de l'autorité de la chose jugée²⁵.

19. TERRÉ F., Introduction générale au droit, 9^e édition, Paris : Dalloz, 2012 (Précis), 652 p.

20. Voir not. CABRILLAC R., Introduction générale au droit, 9^e édition, Paris : Dalloz, 2011 (Cours Dalloz Série droit privé), 272 p.

21. TERRÉ F., Introduction générale au droit, *op. cit.*, n^{os} 59 sqq.

22. En ce sens, voir not. Cass. Civ. 1^{re}, 15 novembre 2010, n^o 09-11161, Bull. Civ. I, n^o 232.

23. CEDH, *Chapmann c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, D. 2002. 2758, note FIORINA ; RTD civ. 2001, 448, obs. MARGUÉNAUD.

24. BEIGNIER B., BLÉRY C. et THOMAT-RAYNAUD A.L., Introduction au droit, Issy-les Moulineaux : LGDJ-Lextenso éditions, 2014, n^o 127.

25. Voir not. Cass. Civ. 2^e, 8 avril 2010 (n^o 09-11168).

Cependant, si le juge ne doit pas se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires, il lui est également interdit de refuser de statuer « sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »²⁶. Il se trouve dès lors parfois contraint d'inventer des principes généraux et abstraits avant de pouvoir les appliquer au cas jugé²⁷.

Autrement dit, le juge pourra déduire un principe général et abstrait, mais il lui sera interdit de l'ériger au statut de règle normative. Cependant, rien n'interdira, lors d'espèces suivantes, à d'autres magistrats de se référer à cette décision, créant par ces références successives une véritable constance dans la jurisprudence source de droit.

Ainsi est-il parfois manifeste que certains hauts magistrats se réfèrent, lorsqu'ils doivent justifier le fondement de leurs décisions, à leur propre jurisprudence²⁸.

La jurisprudence devient alors source de droit dans l'obscurité de la loi, mais les magistrats ne devront en aucun cas interpréter une loi qui serait « claire » pour ne pas s'y conformer sous peine d'outrepasser l'autorité qui leur est accordée.

- 9 En ce qui concerne le fond du droit, le développement du droit international et notamment du droit européen a conduit à l'intégration de notions romanistes au sein des systèmes de *common law*, notamment au Royaume-Uni devant, comme il vient de l'être rappelé, intégrer des dispositions européennes largement influencées par les droits français et allemand au sein de son corpus juridique.

Mais l'inverse est également vrai, les États-Unis d'Amérique, première puissance mondiale, impose, notamment en matière de droit économique, des raisonnements aux États romanistes.

Enfin, certains États ou régions conservent un droit empruntant à ces deux systèmes. Ainsi en est-il de l'Écosse, du Québec ou encore de la Louisiane²⁹.

Il est alors patent que la *common law* n'est plus l'unique source de droit des États dits de *common law*. Ceux-ci ne se définissant plus par ce caractère, le qualificatif anglo-américain³⁰ sera préféré d'autant plus que l'étude consistera en une prise en considération principale des applications dérivées de la *common law* tantôt au Royaume-Uni, tantôt en Amérique du Nord (États-Unis d'Amérique et Canada).

- 10 Concernant les pratiques commerciales déloyales, elles sont encadrées des deux côtés de l'Atlantique. Si le droit américain a choisi de les considérer par le biais de *torts*, l'Union européenne, quant à elle, a choisi de les interdire à travers une directive d'harmonisation maximale.

26. Art. 4 du Code civil.

27. BEIGNIER B., BLÉRY C. et THOMAT-RAYNAUD A.L., Introduction au droit, *op. cit.*, n° 143.

28. Voir not. Cass. Civ. 1^{re}, 25 novembre 1997, n° 95-22240, Bull. civ. I, n° 328 ; RTD civ. 1998. 210, obs. MOLFESSIS ;

Cass. Com., 8 février 2011, n° 10-11896 ; Bull. Civ. IV, n° 20.

29. FROMONT M., Grands systèmes de droit étrangers, *op. cit.*

30. À l'inverse, le terme anglo-saxon, considéré comme particulièrement suranné par Messieurs LEGRAND et SAMUEL qui expliquent cette position par une comparaison avec une équivalence pour le droit français qui reviendrait à parler du droit franco-gaulois, sera exclu.

LEGRAND P. et SAMUEL G., Introduction au common law, Paris : La découverte, 2008 (Repères).

- 11 Le terme *tort*, ainsi que les différents *torts* ne seront pas traduits pour ne pas dénaturer par une volonté d'appropriation juridique française des expressions consacrées.

Cela étant, une définition du *tort* peut être apportée. Selon le Professeur DOBBS, un *tort* réside dans une conduite équivalant à un acte qui constituerait la violation d'une loi et qui causerait un préjudice pour lequel les Cours imposeraient une responsabilité civile³¹ et dont les sources se trouvent être la *common law* et les droits statutaires des États fédérés et de l'État fédéral. En effet, celui-ci est majoritairement issu de la *common law*, mais les droits statutaires et même la Constitution peuvent rendre certains actes illégaux et peuvent permettre l'indemnisation due à ces actes.

Le Professeur BURDICK quant à lui, définit le *tort* comme un acte ou une omission, qui, de manière illégale, viole les droits, créés par la loi, d'une personne, et relativement auquel, pour la personne victime, le remède approprié serait de recourir à l'action issue de la *common law* en indemnisation³².

Le terme *tort* est issu du latin signifiant tordu, une conduite délictuelle (au sens de *tortious*) représenterait alors une conduite tordue, qui s'éloignerait de la règle existante. Cela étant, le délit ici pris en compte demeure différent de la simple contrariété au droit. En effet, il n'est traditionnellement pas suffisant que l'auteur ait créé un préjudice par hasard ou accident, l'acte doit apparaître fautif, au sens qu'il serait issu d'une erreur de jugement ou de conduite, une dérogation à la prudence ou au devoir, né de l'inattention, de l'incapacité, de la perversité, de la mauvaise foi ou d'une mauvaise gestion. De ces constatations peuvent être dégagés deux types de *torts*, les *intentional torts* et la *negligence* dont la différence se situe dans le fait qu'alors que l'*intentional tort* consistera en au moins une intention de la part de l'auteur d'accomplir un acte illégal, la *negligence* repose principalement sur le risque déraisonnable.

Le délit alors pris en compte par la théorie des *torts* s'apparentera à celui de droit civil, le délit créateur de préjudice et de responsabilité civile délictuelle et non pas le délit pénal pris en compte par les États de *common law* sous le vocable de *crime* dont l'objectif participe à défendre les intérêts de l'État en dissuadant les délits et imposant la justice. De la même manière, le droit violé constitue un droit privé et non un droit public. Cela étant, ces deux branches du droit ne restent pas imperméables et il apparaîtra possible que des conduites fassent office à la fois de délits de droit civil et de droit pénal. Par exemple, si A frappe B, A aura alors violé les droits à la sécurité de B et lui aura créé un préjudice né des blessures causées, mais aura aussi violé la loi et donc l'ordre public ce qui le rendra criminel au sens de la *common law*.

- 12 De la même manière, le droit est créé par la loi et non par un accord des parties, ainsi la matière contractuelle est exclue du cadre des *torts*. La rupture d'un contrat, même de mauvaise foi ne sera alors pas prise en compte par ce mécanisme. Cela dit, là aussi la frontière entre ces deux systèmes n'est pas ferme. La question qu'il s'agira alors de se poser réside dans le fait de savoir si le droit violé a été créé par l'accord des parties, dans quel cas la victime sera

31. DOBBS D.B., The law of torts, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series).

32. BURDICK F.M., Law of Torts, Washington, D.C. : Beardbooks, 2000.

limitée à une action *ex contractu*³³, ou si ce droit est né de la loi dans quel cas la victime pourra poursuivre pour *tort*. Il importe par ailleurs à ce stade de préciser que, ne connaissant pas d'obligation générale de loyauté contractuelle, les droits anglo-américains ne reconnaissent pas davantage d'obligation précontractuelle de loyauté permettant de poursuivre la rupture abusive des pourparlers. Dès lors, une obligation de négocier de bonne foi n'existera qu'en présence d'une convention imposant une négociation de bonne foi. La rupture de cette obligation pourra alors être poursuivie sur le fondement du droit contractuel³⁴.

- 13 Cela étant, s'il convient de rapprocher sur ce point le *tort* de *common law* et la faute de droit civil, il impose de les distinguer d'un autre point de vue.

En effet, dès le début du XX^e siècle, l'arrêt *Allen v. Flood*³⁵ a reconnu qu'il existait une différence fondamentale entre le dommage causé, même intentionnellement, à autrui par des moyens légaux, et celui causé par la violation d'un droit.

Ainsi, s'il était légal de persuader une personne de ne pas contracter par l'emploi de moyens légaux, inciter cette dernière à violer un contrat déjà existant était illégal.

C'est alors, poursuivant cette logique, que la *common law* a depuis refusé de consacrer le *tort* de concurrence déloyale même si certains juges rappelaient que de nouveaux *torts* pouvaient être créés³⁶. En effet, dans la course à la compétition, la déloyauté en elle-même n'est pas sanctionnée et il est considéré que l'agent économique qui réclamerait une telle loyauté devrait savoir que le monde n'est pas loyal en lui-même et qu'il est illusoire de demander l'application d'une telle loyauté³⁷.

Il n'en demeure pas moins qu'en droit anglais, la bonne foi a pu être résumée en le fait que les parties « ne doivent pas se tromper entre elles, un principe que tout système légal doit reconnaître ; [et dont] l'effet est peut-être plus explicite par l'emploi d'expressions familières telles que « la jouer loyale », « être clair », ou encore « jouer carte sur table ». C'est alors en essence un principe de négociation loyale »³⁸.

Or, jusqu'à présent, il n'existe pas de principe général de bonne foi et cette notion se trouve limitée à certaines situations :

- Les premières sont celles dans lesquelles les parties avaient précisé leur attachement à cette valeur. Dans de tels cas, il est possible de disposer contractuellement une obligation

33. *Insurance Co. v. Randall*, 74 Ala 170, 178 (1883) ;
Junker v. Fobes, 45 Fed. 840 (1891)

34. *SIGA Technologies, Inc. v. Pharmathene, Inc.*, 67 A.3d 330 (Del. 2013).

35. *Allen v. Flood* [1898] A.C. 1

36. Voir not. HOFFMANN J. dans *Associated Newspapers plc. v. Insert Media Ltd.* [1988] 1 WLR 509.

37. Voir CLERK J. F., DUGDALE A.M. et LINDSELL W. H. B., Clerk & Lindsell on torts, 19th ed, London : Sweet & Maxwell, 2005 (The common law library), 2144 p. n° 25-02, citant HARMAN J. dans *Swedac Ltd. v. Magnet & Southern* [1989] FSR 243 : « *If the results of competition, "the driving force for the success of the capitalist world", are said to be "unfair", the judge responds with "my nanny's great nursery proposition : 'The world is a very unfair place and the sooner you get to know it the better'."* ».

38. Traduction libre de LJ BINGHAM dans *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1987] EWCA Civ 6.

de bonne foi reconnue par le droit anglais ; mais il arrive aussi que ce soit le juge lui-même qui de manière casuistique impose une nécessité de bonne foi contractuelle³⁹.

En effet, dans l'affaire *Bristol Groundschool Ltd v. Intelligent Data Capture Ltd and others* du 2 juillet 2014, l'analyse du juge LEGGATT dans *Yam Seng PTE Ltd v. International Trade Corporation Limited* est reprise pour induire de la relation contractuelle une obligation de bonne foi puis, est développé un test permettant de savoir si cette obligation avait été violée : tel sera le cas lorsque la conduite sera vue comme commercialement inacceptable par une personne honnête et raisonnable placée dans le même contexte. Le parallèle avec la directive 2005/29/CE est dès lors flagrant faisant naître la déloyauté de la contravention aux usages commerciaux compris dans la définition de la diligence professionnelle. D'autant plus que le juge considère alors qu'est de mauvaise foi celui qui :

- agit sans se soucier des droits ou possibles droits de l'autre partie ;
- ne se soucie pas des circonstances d'engagement de la partie (l'importance de la transaction, son degré de doute, ou encore la possibilité de conséquences néfastes pour elle (ses droits ou intérêts))
- ne se soucie pas des qualités du tiers : son expérience, son intelligence ...⁴⁰.

Un tel développement pourrait en réalité particulièrement bien s'épanouir en matière de litiges de consommation où les circonstances d'engagement ainsi que la qualité des parties doivent être particulièrement considérées.

- Les autres découlent du développement d'une multitude de *torts* venue imposer une loyauté dans les relations d'affaires, *torts* notamment reconnus dans la catégorie des *economic torts*.

En effet, s'ils étaient volontairement limités dans leur rôle par les juges anglais, ces *torts* font désormais preuve d'une vigueur inédite dans la plupart des juridictions de *common law* et permettent de lutter contre la concurrence déloyale⁴¹.

39. Voir not. *Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Limited* [2013] EWHC 111 (QB) ; *Greencloase Limited v National Westminster Bank plc* [2014] EWHC 1156 (Ch) ; *Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd and others* [2014] EWHC 2145 (Ch) ; ou encore *Bluewater Energy Services BV v Mercon Steel Structures BV, Mercon Holding BV, Mercon Groep BV* [2014] EWHC 2132 (TCC) ;

cités par WALLING E., GILES P. et EVERSLEDGS LLP, « Good faith in English law ; what does it mean ? », 1^{er} septembre 2014. URL : <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=27fd3201-123e-46fa-a228-d02976feb4be>.

Ou encore *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, où la Cour suprême canadienne affirme qu'il est nécessaire de reconnaître que la bonne foi dans l'exécution d'un contrat est un principe général de *common law* (para. 33.). Aussi étudié par BOWER S., BELL D.J., BANKS P.D., AGARWAL R.K., KRUGER R.J., BORTOLIN W. et BENNETT JONES, « New Good-Faith Duty of Honesty in Contractual Performance Recognized by Supreme Court of Canada », 13 novembre 2014. URL : <http://blog.bennettjones.com/2014/11/13/new-good-faith-duty-honesty-contractual-performance-recognized-supreme-court-canada/>.

40. Pour une autre étude, voir : DAVIS K. et ALLEN & OVERY, « A new era for "good faith" in English contract law ; the next instalment ? », 30 septembre 2014. URL : <http://www.allenovery.com/publications/en-gb/Pages/A-new-era-for-good-faith-in-English-contract-law-the-next-instalment.aspx>.

41. CARTY H., « The modern functions of the economic torts : reviewing the english, canadian, australian, and new zealand positions », *The Cambridge Law Journal*, vol. 74, n° 02, juillet 2015, p. 261-283.

- 14 En ce qui concerne le droit européen des pratiques commerciales déloyales, il est aujourd'hui réglementé par la directive 2005/29/CE. Cette dernière étant d'harmonisation maximale, il sera considéré que les droits nationaux seront *in fine* identiques à cette dernière à laquelle ils doivent se conformer.

Cela étant, il convient tout de même de préciser que la transposition de cette dernière pose certaines difficultés notamment chez les États ayant déjà développé un droit de la consommation fort.

En ce sens, la CJUE a sanctionné certains États, leur rappelant le caractère maximal de l'harmonisation et la méthode de lecture de la directive permettant de qualifier ou non une pratique commerciale de déloyale⁴².

Enfin, il convient de rappeler que cette réglementation est la version la plus moderne des réglementations de la publicité trompeuse⁴³. En effet, avant 1963, les Cours françaises condamnaient déjà la publicité mensongère en utilisant des textes généraux concernant l'escroquerie ou encore les fraudes⁴⁴. Puis cette infraction de publicité mensongère fut consacrée et réprimée par la loi du 2 juillet 1963 et remplacée dix ans plus tard par l'infraction de publicité trompeuse créée par la loi, dite ROYER, du 27 décembre 1973 et transposée au sein des articles L.121-1 à L. 121-7 du Code de la consommation.

Finalement, la directive du 11 mai 2005 uniformise au niveau européen le droit des pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs. Plusieurs choix ont été opérés par les États afin de transposer cette dernière et il n'en sera cité que deux. La France a choisi de la transposer au sein de son Code de la consommation dès 2008⁴⁵, alors que l'Espagne choisit de la transposer, pour le principal, au sein de sa loi de concurrence déloyale, lors de la réforme du 30 décembre 2009⁴⁶. Ces deux choix de transposition démontrent en outre une imbrication entre la protection des consommateurs et celle des concurrents et plus largement celle du marché⁴⁷.

- 15 Ces précisions étant apportées, il convient désormais de justifier le choix d'une étude comparant les approches européennes et américaines des pratiques commerciales déloyales.

— Tout d'abord, comme il vient de l'être souligné, il faut considérer ces difficultés d'uniformisation comme ponctuelles. En effet, les États ont l'obligation de se conformer à la directive ; alors dans une vision plus pragmatique et lancée vers l'avenir, il sera considéré que le droit issu de la directive est déjà intégré aux droits nationaux.

42. Voir en ce sens nos 469 sqq..

43. En ce sens, CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé), 721 p., n° 95.

44. Reposant respectivement sur l'article 405 de l'ancien Code pénal, et sur l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1905.

45. Pour une étude plus complète du processus de transposition, voir *infra*, nos 469 sqq..

46. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios

47. Pour un développement plus important de cette question, voir *infra*, nos §2 sqq..

Il n'en restera pas moins que la directive n'ayant pas fixé la sanction des pratiques qu'elle prohibe, un retour aux droits nationaux sera ici obligatoire.

- Ensuite, mais surtout, ce cadre d'étude s'explique par la situation des marchés européens et nord-américains. Ici, un document du Parlement européen nous en apprend beaucoup sur la relation commerciale entre l'Union européenne et les États-Unis ⁴⁸.

Il en ressort que depuis plusieurs années, une volonté politique de globalisation de ces marchés accroît. Une telle globalisation entre les économies des États-Unis et de l'Union européenne, représentant la moitié du PIB mondial et un marché de 800 millions de consommateurs, ce qui engendrait en 2013 un volume de transactions relatives à des biens et services de 800 milliards d'euros, mais également des montants d'investissements réciproques compris entre 1536 et 1655 trillions d'euros ⁴⁹, créerait un marché commun réunissant plus d'un tiers du commerce mondial.

C'est pourquoi, bien qu'actuellement les obligations douanières soient relativement faibles, dès le 17 juin 2013 ont été lancées des négociations afin de parvenir à un TTIP retirant les barrières douanières à l'échange de biens et de services entre ces deux géants de l'économie mondiale, ce qui permettrait, selon les prévisions les plus optimistes de la Commission européenne, d'augmenter l'économie de l'Union européenne de 0,5% de son PIB, et celle des États-Unis de 0,4% de son PIB ⁵⁰.

En tout état de cause, et que ce traité soit conclu ou non, il reste évident que les marchés européen et nord-américain sont très importants l'un pour l'autre et souhaitent, notamment en tant que membres de l'OMC, une politique amenant à un standard élevé de la

48. Parlement européen, DG EXPO, E. BIERBRAUER, Août 2014, Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) negotiations : State of play, Note 2014_155, PE 536.397.

49. À une autre échelle, il convient ici de rappeler qu'un même type de négociation a été lancé avec le Canada dont l'Europe est le second partenaire commercial (après les États-Unis) et qui réciproquement est le douzième partenaire de l'Europe et a amené à une conclusion du CETA au sommet EU-Canada d'Ottawa du 26 septembre 2014.

Voir Parlement européen, DG EXPO, E. BIERBRAUER, Octobre 2014, IN-DEPTH ANALYSIS Negotiations on the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) concluded, Note 2014_106, PE 536.410.

Mais également <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>.

50. Représentant alors respectivement aux alentours de 120 et 95 milliards d'euros.

protection des droits de propriété intellectuelle⁵¹ passant notamment par une politique de lutte contre les pratiques commerciales trompeuses.

- 16** En outre, cette proximité des marchés ressort d'autant plus que le développement des ventes par Internet est en constante augmentation⁵².

Ainsi, cette situation explique la position du Royaume-Uni sur l'économie digitale européenne, affirmant que dans leur conception, « le marché unique numérique est un marché numérique par défaut, où il est encore plus facile de traiter en ligne sur toute l'Europe, que hors connexion dans un seul État. Où les sociétés en ligne ne se plient qu'une seule fois au lieu de 28 fois aux processus administratifs et où les supporters des équipes de football peuvent profiter, où qu'ils se trouvent, de leurs abonnements aux retransmissions de matchs »⁵³.

Cette évolution du marché digital engendre de manière mécanique une augmentation de l'utilisation du digital comme média de publicité. Ce dernier ayant connu selon l'observatoire de l'e-pub une augmentation de 4% en 2014 l'amenant à être le second média de publicité, avec 25% des parts de marché, après la télévision⁵⁴.

51. Malgré des positions divergentes, notamment concernant la protection des indications géographiques. Voir not. Parlement européen, DG EXPO, W. TROSZCZYNSKA-VAN GENDEREN et E. BIERBRAUER, 9 septembre 2014, The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) : The US Congress's positions, Note 2014_117, PE 536.395, n° 5.2.

En effet, alors que les États-Unis considèrent qu'il s'agit de noms génériques, la position européenne est de les qualifier d'informations géographiques devant être protégées.

La position est bien différente, alors que dans le premier cas il faudra veiller à ce que le consommateur ne soit pas trompé au sujet de la qualité du produit, dans le second cas, il s'agira que ce dernier ne soit pas trompé au sujet de son origine.

Cependant, cette situation n'est en réalité pas insoluble, car d'un point de vue ou de l'autre tant la protection européenne contre les pratiques commerciales déloyales et notamment les pratiques trompeuses (voir nos 201 sqq., que la protection anglo-américaine contre le *passing off* élargi (voir nos 432 sqq.), viendront protéger les signes distinctifs, même descriptifs lorsque ces derniers tromperont le consommateur sur le produit en question.

52. Ainsi, l'étude menée par RetailMeNot. Inc., en collaboration avec le Centre for Retail Research, sur les chiffres clés du E-Commerce en 2014 et ses perspectives 2015-2016 démontre notamment que la croissance des ventes en ligne européennes est de 18,4% alors que les ventes en magasin chutent de 1,4% ; de la même manière, les ventes électroniques américaines sont en hausse de 13,8% alors que les ventes de détail baissent de 1,9%.

Ces mêmes proportions se retrouvent en Europe aux niveaux nationaux avec pour la France : +17% ; -1,7% ; pour l'Espagne : +18,6% ; -0,6% ; ou encore pour la Grande-Bretagne : +16,2% ; -2%.

Bien sûr, ces évolutions sont à mettre en perspective avec la situation économique des États concernés. Il n'en reste pas moins que les ventes électroniques représentent une part des ventes de détail de 11,6% pour les États-Unis, 7,2% pour l'Europe, 6,9% pour la France, 3% pour l'Espagne, ou encore 13,5% pour la Grande-Bretagne.

Voir not. <http://www.retailmenot.fr/2015/01/infographie-e-commerce-chiffres-cles-2014-et-perspectives-2015/>.

53. The UK vision for the EU's digital economy ; french paper : <http://engage.number10.gov.uk/digital-single-market/>.

54. Avec une préférence du mobile par rapport à l'Internet fixe : les investissements dans l'internet mobile comme média de publicité ayant connu une croissance de 77% !

Une évolution restant en outre à relativiser, sachant que cette part est de 35% au Royaume-Uni, 32% en Allemagne, ou encore de 26% en Italie.

Pour plus de développements, voir : SRI, PwC et UDECAM, 13^e édition de l'Observatoire de l'e-pub, 29 janvier 2015. URL : <http://www.sri-france.org/2015/01/29/13-observatoire-epub-sri2014/>.

Cette situation globalisante est d'ailleurs particulièrement marquée au Royaume-Uni, où désormais les deux tiers de la législation sont impactés par le droit issu de l'Union européenne⁵⁵. La *common law* se retrouve alors désormais doublement concurrencée, d'une part par les différents droits statutaires, mais également par le droit continental. Et finalement, toutes ces dispositions d'une rive à l'autre de l'Atlantique se trouvent soumises aux mêmes difficultés et par conséquent sont largement similaires.

- Et finalement, bien que les traités de Rome et de Bruxelles organisent les compétences nationales dans des litiges faisant naître une difficulté d'extranéité⁵⁶, une vision globale des obligations et interdictions existant ainsi que des moyens de protections y étant associés de part et d'autre de l'Atlantique est nécessaire au professionnel s'étant positionné sur un marché transatlantique.

17 Parmi ces protections, il conviendra de souligner qu'il existe au sein de ces deux systèmes juridiques un double niveau de protection des intérêts privés des personnes soumises aux pratiques commerciales déloyales, tout d'abord le droit commun, issu du droit civil ou de la *common law*, vient avec une perspective macroscopique s'appliquer de manière globale, puis le droit de la consommation, d'origine nationale, européenne ou encore fédérale, vient protéger ponctuellement selon une vision microscopique certains intérêts dans certaines situations.

Dès lors, il apparaît que le droit commun, par son caractère globalisant, viendra agir en tant que filet de sécurité par rapport au droit spécial de la consommation. Il devra donc intervenir dans les cas laissés délibérément ou non sans protection par le législateur de droit de la consommation.

D'un autre point de vue, le droit de la consommation viendra enrichir le droit commun, d'une part par la facilitation de démonstration d'éléments nécessaires à la responsabilité encadrée par ce dernier, mais également par le développement d'obligations et de notions supplémentaires venant affiner les mécanismes de droit commun.

Cette directive européenne se situe donc au centre d'un système de protection à triple niveau, encadrée à sa base par le droit commun et à sa pointe, ou plutôt ses pointes par les dispositions spécifiques de droit de la consommation.

Ce triple échelon se retrouvera donc dans les deux parties de ces travaux, la première comparera les pratiques commerciales interdites du fait de leur caractère déloyal au sens de la directive, c'est-à-dire les pratiques pouvant être qualifiées de trompeuses, d'agressives, ou de déloyales du fait d'une contravention aux nécessités de la diligence professionnelle altérant ou étant susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur visé.

55. CROSS M., « EU influences "two-thirds of UK law"; business group », *Law Society Gazette*, 2 mars 2015. URL : <http://www.lawgazette.co.uk/law/eu-influences-two-thirds-of-uk-law-business-group/5047193.fullarticle>.

56. Voir *infra*, n^{os} 42 sqq.

La seconde, avec comme fil conducteur l'idée de justice corrective née de l'œuvre d'Aristote⁵⁷, viendra rechercher comment le droit commun, qu'il soit général ou spécial, peut agir contre les pratiques interdites.

En outre, lorsqu'il est question de justice corrective, de nombreux auteurs viennent à l'esprit.

18 Selon COLEMAN tout d'abord⁵⁸, il est nécessaire de distinguer deux questions :

- la première consiste à rechercher les bases nécessaires et suffisantes pour justifier la demande d'une victime d'obtenir réparation ;
- alors que la seconde consiste à rechercher les conditions permettant d'obliger un auteur à indemniser la victime.

En d'autres termes, il s'agirait de distinguer entre les bases du droit à réparation et celles de la responsabilité et une fois cette distinction opérée, la justice corrective sera appelée pour effacer les gains et pertes déloyaux (ou injustes, mais pas forcément illégaux).

La justice corrective revient alors à corriger une situation atteinte qui n'aurait pas dû l'être, ce qui permet de qualifier un enrichissement et/ou une perte de déloyaux, ou d'injuste à chaque fois qu'il ou qu'elle découlera de la commission d'une faute. Or, s'il est habituel de parler de responsabilité pour faute reposant en France sur l'article 1383 du Code civil, il ne s'agit en réalité que d'encadrer l'indemnisation, la réparation d'une faute. Il serait alors possible de requalifier ce mécanisme, à l'aune de ce qui se pratique de l'autre côté des Pyrénées, de responsabilité pour dommage⁵⁹.

D'ailleurs, Aristote lui-même semble se ranger de ce côté et admettant que même si les termes de pertes et de gains ne sont pas toujours adéquats, « de toute façon, quand le dommage souffert a été évalué, on peut parler de perte et de gain »⁶⁰.

Ici alors, seul le dommage né d'une faute est considéré. En outre, ce dernier doit être, selon Aristote, quantifiable. Or, d'une part, il est de tradition d'accepter l'indemnisation du préjudice purement moral qui par définition n'est pas quantifiable. Et d'autre part, le gain souffre alors d'un manque de considération. En effet, au moins deux situations devront être encadrées :

- Tout d'abord, la situation où la perte engendrera pour l'auteur de la faute un gain ;
- Ensuite, le cas où il n'y aura pas de perte subie, mais un gain fautivement obtenu.

Si dans le premier cas, gains et pertes seront corrélés, dans le second, tout comme dans les situations traditionnelles de pertes sans nécessairement de gains, l'un des deux éléments face auxquels la théorie de la justice corrective est censée venir en réaction sera absent. Est-ce à dire que la situation ne devrait pas être corrigée ?

57. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, traduit par J. TRICOT, Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 1959 (Bibliothèque des textes philosophiques).

58. Coleman J., « Corrective Justice and Wrongful Gain », *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, p. 421-440.

59. Il est en effet question de *responsabilidad por daños*. Voir n° 666.

60. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, op. cit., V.7.

Il semble que non et que, comme l'affirme Jules COLEMAN, il soit nécessaire qu'une réaction soit possible dès lors qu'un des deux éléments soit créé par une faute. Mais dès lors, il est question de créer une connexion entre correction et punition.

En effet, la simple indemnisation ne sera pas suffisante à corriger la situation fautivement atteinte.

Dès lors, le premier réflexe lorsqu'il est question de punition est de se tourner vers la pénalisation, mais cette dernière a la fâcheuse limite de devoir être légalisée ; à l'inverse, la faute laisse place à l'infraction et la correction ne peut qu'être limitée à une sanction, elle aussi légalement prévue, permettant alors aux acteurs de composer entre les risques de sanction et les chances de gains ⁶¹.

Or, un autre système tel que celui qui sera proposé dans la seconde partie de ces travaux, reposant sur la responsabilité plutôt que sur la pénalité, est possible.

Cela étant, un tel système devra, tout en empruntant à Aristote sa volonté de correction, l'adapter aux situations modernes où le gain injuste doit autant être étudié que la perte injuste. Cela reposera tout d'abord par la distinction entre les notions de préjudice et de dommage ⁶², ce qui permettra, lorsqu'une faute aura créé un enrichissement de son auteur sans être personnellement préjudiciable, de corréliser cet enrichissement à un dommage quantifié permettant par réparation de ce dernier de capter une partie des gains injustement réalisés. Et cela reposera ensuite, sur la conception kantienne de droit et de devoir corrélés ⁶³.

- 19** Ainsi, selon cette formulation appliquée à la présente étude, les professionnels ont une obligation d'agir loyalement vis-à-vis des consommateurs, ce qui offre aux consommateurs un droit à se trouver sur un marché où règne la loyauté.

Dès lors, la violation du devoir imposé au professionnel contrevient au droit accordé au consommateur.

Allant plus loin, il est également possible de considérer qu'entre concurrents, membres pouvant être qualifiés d'égaux par recours à la théorie de justice distributive d'Aristote, le devoir de loyauté imposé leur offre également le droit d'évoluer parmi des concurrents loyaux ; et qu'ainsi, la violation de l'obligation de loyauté par l'un des concurrents engendre violation des droits corrélativement accordés aux autres concurrents.

Cette solution rejoindrait alors la position de WEINRIB ⁶⁴ considérant qu'il faille retenir une conception normative des gains et pertes ; et ce rattachement de l'application traditionnelle de la responsabilité pour faute à la théorie de justice corrective rendrait par effet de miroir possible la sanction d'un gain injuste sans perte corrélatrice autre que la violation d'un droit ; ou encore de

61. Composition qui revient en réalité à opérer une approche *Law & Management*. Voir en ce sens v° *Law & Management*, et not n° 793.

62. Voir p. 418 sqq..

63. KANT E., *Métaphysique des moeurs.*, traduit par A. RENAUT, Paris : Flammarion, 1994.

64. WEINRIB E.J., « The gains and losses of corrective justice », *Duke Law Journal*, vol. 44, 1994, p. 277-297.

celle de COLEMAN⁶⁵, plaidant pour une conception mixte de la justice corrective, empruntant à la théorie relationnelle le fait que la commission d'une faute ou d'un *tort* engendre un devoir de réparation du dommage qui en serait né, à laquelle, la conception annulatrice viendrait imposer une annulation de l'injustice. Autrement dit, ne pourront être parties à l'action que les personnes qui auront été mises en relation de concurrence ou de consommation ; et ces derniers pourront agir en annulation ou minimisation de l'injustice.

- 20 Cela étant, bien que l'élargissement de la justice corrective par la vision kantienne de droits et devoirs réciproques permette de prendre en considération les cas de gains au profit de l'auteur de faute sans nécessaire perte pour la « victime », la question de savoir sur quelle base se fonde le droit de cette dernière à obtenir restitution de ce gain injustement perçu se pose.

En effet, il est de tradition au sein des États de *common law* de considérer qu'il ne faut pas que les auteurs de pratiques fautives ressortent gagnants de leur commission, ou dit plus trivialement, selon l'expression populaire, il ne faut pas que l'auteur pense que « le crime paie »⁶⁶.

Ainsi, la protection de la société, ou plus étroitement du marché expliquerait la confiscation des gains ; mais qu'expliquerait cette confiscation au profit d'un tiers n'ayant subi aucun préjudice ?

Ici encore, ERNEST J. WEINRIB tente d'apporter une solution⁶⁷.

Ainsi, lorsqu'il est question de justice, ou plus particulièrement de justice corrective, la volonté est de réparer l'injustice créée par l'auteur. L'atteinte d'un droit par violation d'une obligation situe corrélativement l'auteur et la victime par rapport à cette injustice. L'injustice alors ici qualifiée n'est que normative et la victime essaie alors de faire respecter un droit atteint par l'auteur de la pratique.

Cela étant, la simple cessation de l'activité frauduleuse ne saurait être suffisante à réparer cette injustice ; tout au plus, ne saurait-elle que la faire cesser. La réparation impose donc une indemnisation qui peut elle-même être considérée comme la continuité des droits et obligations violés. Mais, comme l'action n'a rien à voir avec une perte subie, l'indemnisation doit être corrélée avec la violation du droit.

Or, si l'on se situe dans une relation de concurrence, la violation du droit à la loyauté ne peut être réparée par le gain concurrentiel injustement réalisé au détriment de la victime.

Il s'agira donc ici, non pas d'appliquer la théorie développée par Messieurs GOFF et JONES selon laquelle tout gain qui n'aurait pas été réalisé sans la commission d'un *tort* devrait être restitué⁶⁸, car si l'on permettait à l'auteur d'une faute ou d'un *tort* de bénéficier de ces derniers,

65. COLEMAN J.L., « The mixed conception of corrective justice », *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, p. 427-444.

66. Voir en ce sens, not., n° 818.

67. WEINRIB E.J., « Restitutionary damages as corrective justice », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, 2000, p. 1-37.

Ou encore WEINRIB E.J., « Corrective Justice », *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, p. 403-425.

68. GOFF OF CHIEVELEY LORD R. et JONES G.H., *The law of restitution*, London : Sweet & Maxwell, 1998. Repris par WEINRIB E.J., « Restitutionary damages as corrective justice », op. cit.

cela victimiserait une seconde fois les victimes de ces pratiques⁶⁹, mais plutôt d'une application *mutatis mutandis* de la théorie reposant sur l'exploitation injustifiée de la propriété d'autrui. En effet, la théorie de GOFF et JONES avait pour défaut de baser la qualification du gain injuste sur le fait qu'il découle d'une pratique injuste, ce qui serait le cas lors de pratiques commerciales déloyales. Mais, pour qu'une telle injustice puisse être l'objet de la théorie de justice corrective, il est nécessaire qu'il y ait un élément supplémentaire : il est nécessaire que le gain soit issu d'une pratique injuste, mais doit aussi être la matérialisation de l'atteinte à un droit accordé à la victime. Il s'agit en réalité d'une application par effet de miroir du raisonnement permettant de réagir civilement face à une perte injustement causée sans bénéfice pour l'auteur, c'est-à-dire le cas d'indemnisation le plus traditionnel.

Ainsi, si l'exploitation déloyale de la propriété d'autrui engage une nécessité de confiscation du gain, il est nécessaire de rappeler que d'une part, en France, la concurrence déloyale est souvent appelée lorsque la propriété intellectuelle ne peut l'être ; et que d'autre part, les États-Unis mêlent au sein du *Lanham Act* les éléments distinctifs faisant l'objet d'un droit de propriété et les éléments non déclarés⁷⁰. Dès lors, s'il est possible de considérer que l'exploitation fautive d'un élément distinctif approprié par un concurrent est source de confiscation du gain, l'exploitation d'un élément non approprié devrait, sous condition de qualification de la pratique comme étant déloyale, pouvoir être également source de confiscation du gain obtenu.

Cependant, il convient de noter que la situation d'injustice a consciemment ici été placée entre concurrents, la situation du consommateur principalement visé semblant en effet plus délicate et l'indemnisation ne devant être limitée qu'aux préjudices qui lui sont réellement attribués.

Il semblerait dès lors dans de tels cas que l'analyse juridiquement opérée dût prendre en considération avec suffisamment de hauteur l'impact des pratiques :

- sur le marché, une partie publique pouvant dès lors le représenter ;
- sur les concurrents, étant considéré que la part des préjudices transmis à autrui et notamment aux consommateurs devront lui être retirés⁷¹ ;
- ou enfin sur les consommateurs qui bien que devant être incités à l'action ne devront pas être injustement enrichis par une telle action au risque de supprimer l'effet correctif souhaité par la justice ici appliquée.

Ainsi, la qualification du type d'injustice permettra de déterminer le type de réaction permettant cette correction⁷². En effet, il est possible d'affirmer que le recours sera la continuité du droit protégé. En d'autres termes, le remède devra avoir la même structure que la relation corrélée prise en considération ; il agira donc à l'encontre de l'auteur et au profit de la victime.

69. Cette théorie, bien que lumineuse grâce à sa clarté, n'a pas reçu le succès escompté, le Professeur JONES dira par la suite que cet échec était dû « à la peur du grand inconnu » : JONES G.H. et National Law School of India University, *Restitution in public and private law*, London : Sweet & Maxwell, published under the auspices of the National Law School of India University, 1991, 77.

70. Pour une étude du *Lanham Act*, voir nos 211 sqq.

71. Notamment suivant la théorie du *passing on*.

72. WEINRIB E.J., « Corrective Justice », *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, p. 403-425.

En effet, si la réparation ne provenait pas de l'auteur, ou si la réparation ne parvenait pas à la victime, l'injustice ne serait pas corrigée.

C'est pourquoi il serait nécessaire de placer les acteurs économiques (consommateurs et concurrents) au cœur du système d'application de la justice. En effet, au-delà de protéger ces derniers, il sera question de protéger le marché au sein duquel ils évoluent.

Ainsi, si la pratique avait mené à la conclusion d'un contrat, il serait nécessaire de considérer ce dernier comme injustement formé et donc que la réparation de l'injustice reviendrait à défaire ce que l'injustice a causé, c'est-à-dire le contrat ou la partie du contrat injustement imposé⁷³. De la même manière, lorsque la pratique injuste aura causé un dommage, il sera nécessaire de réparer ce dernier.

Enfin, bien qu'il semble que les dommages-intérêts punitifs n'aient aucun lien avec la justice corrective, ils interviennent afin de récompenser l'action du demandeur comme « procureur privé » et rendre le défendeur sujet d'une punition dénuée de la protection accordée par le droit pénal⁷⁴.

- 21 Finalement, parce que ces deux systèmes que sont l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique forment les deux pôles économiques et juridiques de la société occidentale, reposant sur une économie de marché, il semble particulièrement pertinent de mettre en perspective les différences d'appréhension des pratiques commerciales déloyales.

En effet, s'il est de tradition de les opposer, et si la volonté politique de créer un traité de libre-échange met en exergue les craintes d'une société globalisée où les États-Unis, par leur position de superpuissance mondiale, bénéficieraient d'une supériorité dans la négociation dudit traité ; une étude des différentes approches permettrait d'étudier les similitudes et dissimilitudes existantes entre les différentes protections accordées aux consommateurs, aux concurrents, et plus généralement au marché, face à la déloyauté exercée lors de pratiques commerciales.

Il sera alors recherché si la division fondamentale entre droit de tradition romano-germanique⁷⁵ et droit reposant initialement sur la *common law*⁷⁶ est créatrice de différences insurmontables entre les protections offertes.

En outre, il sera étudié si le libéralisme, qualifiant les économies des États de *common law*, laisse tout de même une place à la protection des intérêts privés par le pouvoir judiciaire.

Enfin, la notion aristotélicienne de justice corrective constituera la colonne vertébrale de ces travaux. L'injustice créée par l'emploi de pratiques commerciales déloyales sera dès lors, dans un premier temps qualifiée (I)⁷⁷, et il s'agira lors de cette qualification de distinguer les approches opérées par ces deux systèmes juridiques que sont le système européen de tradition romano-germanique et le système anglo-américain issu de la *common law*.

73. C'est d'ailleurs en grande partie le raisonnement retenu face aux clauses abusives. Voir p. 381 sqq..

74. WEINRIB E.J., « Corrective Justice », op. cit..

75. Reposant principalement sur un droit codifié, mais laissant une place grandissante à la jurisprudence, et notamment à celle de la Cour de justice de l'Union européenne

76. Mais où les statuts se font de plus en plus nombreux

77. p. 31 sqq.

Puis les réponses pouvant être apportées à cette injustice seront recherchées. Il s'agira alors, toujours dans un esprit de comparaison, d'étudier les positions de politique juridique retenues au sein de ces systèmes montrant alors une oscillation du droit contractuel entre libéralisme et protectionnisme, mais également du droit de la responsabilité extracontractuelle entre indemnisation et sanction (II) ⁷⁸.

78. p. 300 sqq.

Partie I

L'INTERDICTION DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES.

INTRODUCTION DE LA PREMIÈRE PARTIE.

22 La directive 2005/29/CE s'intéresse aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs. Ainsi, pour qu'une pratique soit interdite, il sera nécessaire de manière cumulative :

- d'une part, qu'elle puisse être qualifiée de commerciale : il s'agira alors d'analyser ce que peut être une pratique commerciale des entreprises vis-à-vis des consommateurs, étant précisé que la définition⁷⁹ de l'article 2 ne saurait être suffisante à une compréhension globale de la notion ;
- et d'autre part, que cette pratique commerciale tienne lieu de pratique déloyale au sens du Chapitre 2 de la directive.

De la même manière, le droit américain impose que deux éléments soient prouvés pour qualifier de *prima facie* une pratique commerciale de déloyale, il s'agira d'une part que l'auteur soit engagé dans les affaires ou le commerce, et d'autre part que dans sa conduite des affaires ou du commerce, ce dernier joue le rôle de l'auteur d'un acte ou d'une pratique déloyale⁸⁰.

Dans les deux droits, il s'agit d'interdictions faites dans l'intérêt général⁸¹ et il ne se trouve donc ni besoin que la pratique apparaisse intentionnelle, ni qu'elle se trouve créatrice de perte ou de préjudice réel⁸². Cette protection apparaît donc comme exorbitante de l'obligation générale

79. Dir. 2005/29/CE, art.2.d : « pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs » (ci-après également dénommées « pratiques commerciales ») : toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs.

80. *State v. O'Neill Investigations, Inc.*, 609 P.2d 520 (Alaska 1980) ;
State v. Grogan, 628 P.2d 570 (Alaska 1981)

81. V. Alabama Code Annotated, §8-19-2 : « Legislative intent.
The public health, welfare and interest require a strong and effective consumer protection program to protect the interest of both the consuming public and the legitimate businessperson. »
Code of Alabama, §8-19A-2 : « *The provisions of this chapter shall be construed liberally to promote the general welfare of the public and the integrity of the telemarketing industry* »

82. Dir. 2005/29/CE, art. 11 ;

de bonne foi, qui ne pourra pas être utilisée comme moyen de défense contre la sanction d'une pratique qui apparaîtrait notamment matériellement trompeuse⁸³.

- 23** Dans la majorité des cas, les pratiques commerciales déloyales seront en réalité constituées d'actes trompeurs. En effet, les pratiques commerciales agressives, autre constituante de l'ensemble des pratiques commerciales déloyales, se trouveront plus rares tant dans leurs catégories que dans leur fréquence, mais, la déloyauté ne devant pas se limiter au caractère trompeur ou agressif, il est important de considérer les pratiques commerciales déloyales comme pouvant se caractériser tout à la fois comme l'ensemble constitué notamment des pratiques trompeuses et/ou agressives, mais aussi comme des pratiques pouvant être qualifiées de telles sans pour autant se révéler trompeuses ou agressives.

C'est en ce sens que la directive définit la pratique commerciale déloyale, au sein de son article 5, comme celle qui demeure à la fois contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qui altère ou se trouve susceptible d'altérer le comportement économique par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse. Et précise en outre que tiennent lieu *en particulier* de déloyales les pratiques qui se trouveraient trompeuses ou agressives⁸⁴. Cette position a par ailleurs été rappelée outre-Atlantique où il a notamment été jugé qu'une pratique n'avait pas besoin de se caractériser par ses aspects trompeurs pour représenter une pratique déloyale⁸⁵.

- 24** Concernant la déloyauté, elle devra s'entendre et se déterminer par l'emploi d'un ensemble de facteurs incluant notamment de savoir, d'une part, si la pratique, sans pour autant avoir été précédemment interdite, porte atteinte à l'intérêt général, ou du moins à la politique publique menée pour la régulation d'un marché fonctionnant notamment grâce à une concurrence loyale, libre et non faussée par ses acteurs. D'autre part, de savoir si la pratique demeure immorale ou contraire à l'éthique. Enfin, l'atteinte aux intérêts des consommateurs ou des concurrents constituera bien sûr un élément favorisant une telle qualification⁸⁶. La lutte contre la déloyauté se réalise donc en réalité dans la pénombre des lois, il s'agira alors d'un principe adventice qui vient montrer l'autre pan du Droit, celui qui ne vient pas servir la justice dans la libre mesure, mais dans la rectitude des conduites.

- 25** Enfin, la directive ne porte son attention que sur les pratiques commerciales qui apparaîtraient déloyales vis-à-vis des consommateurs, mais parallèlement, la Commission européenne a publié, le 31 janvier 2013, un livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la

State v. O'Neill Investigations, Inc., 609 P.2d 520 (Alaska 1980) ;

Nunley v. State, 628 So. 2d 619, 1993 Ala. LEXIS 1161 (1993) ;

State ex rel. Corbin v. Tolleson, 160 Ariz. 385, 773 P.2d 490 (Ct. App. 1989) ;

State ex rel. Horne v. Autozone, Inc., 227 Ariz. 471, 258 P.3d 289, 2011 Ariz. App. Lexis 145 (Ct. App. 2011).

83. Dans le même sens voir : *Borgen v. A & M Motors, Inc.*, 273 P.3d 575 (Alaska 2012).

84. Dir. 2005/29/CE, art.5.4.

85. *State v. O'Neill Investigations, Inc.*, 609 P.2d 520 (Alaska 1980).

86. *State v. O'Neill Investigations, Inc.*, 609 P.2d 520 (Alaska 1980).

chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe⁸⁷, donc élargissant la protection contre les pratiques commerciales déloyales aux professionnels.

Ce dernier définit ces pratiques comme celles qui s'écartent manifestement de la bonne conduite commerciale et demeurent contraires aux principes de bonne foi et de loyauté. Il précise en outre que les pratiques commerciales déloyales possèdent un caractère équilibrant et qu'elles s'imposent donc en général lorsque la situation présente une partie forte et une autre faible.

Cette situation se retrouve donc bien sûr dans un rapport entre professionnels et consommateurs, mais aussi dans les relations verticales entre entreprises. Ce dernier constat relance donc la question de la pertinence de la distinction entre les consommateurs et les professionnels, étant précisé par le livre vert que certains professionnels particulièrement faibles peuvent devenir des victimes de pratiques commerciales déloyales.

Cela étant, la matière prise en compte par le livre vert relatif aux pratiques commerciales entre entreprises est toutefois assez éloignée de celle de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs. En effet, ce livre base principalement son intervention sur les négociations précontractuelles créatrices de clauses contractuelles⁸⁸. La déloyauté est alors issue de l'abus de la position de faiblesse du cocontractant, rejoignant alors les notions d'abus de position dominante, déjà traitées par le TFUE⁸⁹, et des clauses abusives, déjà traitées par le droit de la consommation⁹⁰.

- 26** En outre, le livre vert poursuit en écartant, de manière critiquable, son champ d'intervention de celui du droit de la concurrence. En effet, celui-ci ne semble prendre en compte que le droit de la concurrence directement issu du TFUE, c'est-à-dire, les ententes et abus de position dominante. Il précise en ce sens que « les règles en matière de pratiques commerciales déloyales ont pour l'essentiel un objectif différent de celui du droit de la concurrence, car elles régissent les relations contractuelles entre les entreprises en définissant, par exemple, les conditions que les fournisseurs doivent proposer aux distributeurs, indépendamment des effets réels ou présumés sur la concurrence, sur le marché ». Le droit alors applicable serait le droit civil ainsi que le droit commercial. Ce faisant, il précise toutefois que d'autres instruments intersectoriels de l'UE, principalement ceux dont il est question au sein de ce travail, font face aux pratiques commerciales déloyales⁹¹. Il s'inscrit donc dans un ensemble plus vaste interconnectant les branches du droit que constituent le droit civil, celui de la concurrence, celui de la consommation et celui du commerce, pour créer un bloc prenant part à l'élaboration d'un droit commercial

87. Commission européenne, Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe, le 31 janvier 2013, COM(2013) 37 final.

88. COM(2013) 37 final, point 2.1.

89. Art. 102 du TFUE.

90. Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, modifiée par la directive 2011/83/UE, du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs.

91. COM(2013) 37 final, point 3.2.

ou droit des affaires au sens d'un droit du commerce⁹², nécessairement empreint de loyauté et vecteur de cohésion sociale.

27 La clé de voûte de ce dédoublement des approches se trouve dans la distinction entre la protection des intérêts des consommateurs et celle des professionnels. Il en découle, comme l'indique le livre vert, qu'il est possible que les États membres élargissent la protection initialement offerte par la directive aux consommateurs, aux concurrents. Une telle position a notamment été suivie par l'Espagne et l'Allemagne qui ont inséré la transposition de la directive dans leurs lois respectives de concurrence déloyale⁹³. Cela étant, la déloyauté apparaîtra de manière différente selon qu'elle sera qualifiée envers les consommateurs ou les concurrents et la directive tient pour objectif de lutter contre les démonstrations de déloyauté vis-à-vis des consommateurs. Il en découle que certaines pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs se trouveront préjudiciables aux concurrents loyaux, mais que certaines pratiques n'apparaîtront déloyales que vis-à-vis des concurrents. Il s'agira notamment des pratiques auxquelles est destiné le livre vert. Ces pratiques n'impactant pas les consommateurs, ces derniers ne pourront pas se prévaloir de telles protections. Il sera alors dans ce cas fait un retour aux mécanismes traditionnels de responsabilité civile délictuelle sur lesquels les consommateurs pourront se baser pour une demande d'indemnisation. Cette dernière réclamera alors de leur part la démonstration d'une faute, d'un préjudice et d'un lien causal liant ces deux éléments.

28 Le législateur européen a donc, semble-t-il, choisi de fonder son action sur une stratégie de liste des pratiques commerciales déloyales, espérant rester le plus exhaustif possible afin d'enserrer l'ensemble des pratiques pouvant être qualifiées de déloyales vis-à-vis des consommateurs visés. Or, une autre stratégie paraissait possible, dont la démonstration découle de l'étude des droits statutaires américains. En effet, deux techniques sont utilisées outre-Atlantique pour qualifier et lutter contre les pratiques commerciales déloyales. La première, proche de la méthode européenne, revient à dresser une liste des pratiques déloyales, il s'agira par exemple du choix opéré par l'État du Texas dressant une longue liste, non limitative cependant, des pratiques considérées trompeuses⁹⁴.

92. Alors la notion anglo-américaine de *business law* paraîtrait d'autant plus adéquate.

93. Voir en ce sens §78.

94. Texas Business and Commerce Code, §17.46, Deceptive Trade Practices Unlawful :

[...] (b) *Except as provided in Subsection (d) of this section, the term "false, misleading, or deceptive acts or practices" includes, but is not limited to, the following acts : (1) passing off goods or services as those of another ; (2) causing confusion or misunderstanding as to the source, sponsorship, approval, or certification of goods or services ; (3) causing confusion or misunderstanding as to affiliation, connection, or association with, or certification by, another ; (4) using deceptive representations or designations of geographic origin in connection with goods or services ; (5) representing that goods or services have sponsorship, approval, characteristics, ingredients, uses, benefits, or quantities which they do not have or that a person has a sponsorship, approval, status, affiliation, or connection which he does not ; (6) representing that goods are original or new if they are deteriorated, reconditioned, reclaimed, used, or secondhand ; (7) representing that goods or services are of a particular standard, quality, or grade, or that goods are of a particular style or model, if they are of another ; (8) disparaging the goods, services, or business of another by false or misleading representation of facts ; (9) advertising goods or services with intent not to sell them as advertised ; (10) advertising goods or services with intent not to supply a reasonable expectable public demand, unless the advertisements disclosed a limitation of quantity ; (11) making*

La difficulté pour de tels États réside dans le fait de faire face à l'adage *expresio unius est exclusio alterius*. En effet, en exprimant un ou plusieurs comportements, le législateur en exclu d'autres, le risque reste alors que le concurrent ne puisse pas être qualifié de déloyal malgré un comportement blâmable, pour le seul fait que ce dernier ne ferait pas partie de l'énumération.

- 29 À l'inverse, l'État de Floride par exemple a choisi de traiter ces pratiques de manière relativement malléable, utilisant un cadre large et vague permettant de prendre en compte une multitude de pratiques qui pourraient être oubliées, ou n'auraient pas encore été mises en œuvre lors de l'élaboration d'une liste⁹⁵.

false or misleading statements of fact concerning the reasons for, existence of, or amount of price reductions ; (12) representing that an agreement confers or involves rights, remedies, or obligations which it does not have or involve, or which are prohibited by law ; (13) knowingly making false or misleading statements of fact concerning the need for parts, replacement, or repair service ; (14) misrepresenting the authority of a salesman, representative or agent to negotiate the final terms of a consumer transaction ; (15) basing a charge for the repair of any item in whole or in part on a guaranty or warranty instead of on the value of the actual repairs made or work to be performed on the item without stating separately the charges for the work and the charge for the warranty or guaranty, if any ; (16) disconnecting, turning back, or resetting the odometer of any motor vehicle so as to reduce the number of miles indicated on the odometer gauge ; (17) advertising of any sale by fraudulently representing that a person is going out of business ; (18) advertising, selling, or distributing a card which purports to be a prescription drug identification card issued under Section 4151.152, Insurance Code, in accordance with rules adopted by the commissioner of insurance, which offers a discount on the purchase of health care goods or services from a third party provider, and which is not evidence of insurance coverage, unless : (A) the discount is authorized under an agreement between the seller of the card and the provider of those goods and services or the discount or card is offered to members of the seller ; (B) the seller does not represent that the card provides insurance coverage of any kind ; and (C) the discount is not false, misleading, or deceptive ; (19) using or employing a chain referral sales plan in connection with the sale or offer to sell of goods, merchandise, or anything of value, which uses the sales technique, plan, arrangement, or agreement in which the buyer or prospective buyer is offered the opportunity to purchase merchandise or goods and in connection with the purchase receives the seller's promise or representation that the buyer shall have the right to receive compensation or consideration in any form for furnishing to the seller the names of other prospective buyers if receipt of the compensation or consideration is contingent upon the occurrence of an event subsequent to the time the buyer purchases the merchandise or goods ; (20) representing that a guarantee or warranty confers or involves rights or remedies which it does not have or involve, provided, however, that nothing in this subchapter shall be construed to expand the implied warranty of merchantability as defined in Sections 2.314 through 2.318 and Sections 2A.212 through 2A.216 to involve obligations in excess of those which are appropriate to the goods ; (21) promoting a pyramid promotional scheme, as defined by Section 17.461 ; (22) representing that work or services have been performed on, or parts replaced in, goods when the work or services were not performed or the parts replaced ; (23) filing suit founded upon a written contractual obligation of and signed by the defendant to pay money arising out of or based on a consumer transaction for goods, services, loans, or extensions of credit intended primarily for personal, family, household, or agricultural use in any county other than in the county in which the defendant resides at the time of the commencement of the action or in the county in which the defendant in fact signed the contract ; provided, however, that a violation of this subsection shall not occur where it is shown by the person filing such suit he neither knew or had reason to know that the county in which such suit was filed was neither the county in which the defendant resides at the commencement of the suit nor the county in which the defendant in fact signed the contract ; (24) failing to disclose information concerning goods or services which was known at the time of the transaction if such failure to disclose such information was intended to induce the consumer into a transaction into which the consumer would not have entered had the information been disclosed ; (25) using the term "corporation," "incorporated," or an abbreviation of either of those terms in the name of a business entity that is not incorporated under the laws of this state or another jurisdiction ; (26) selling, offering to sell, or illegally promoting an annuity contract under Chapter 22, Acts of the 57th Legislature, 3rd Called Session, 1962 (Article 6228a-5, Vernon's Texas Civil Statutes), with the intent that the annuity contract will be the subject of a salary reduction agreement, as defined by that Act, if the annuity contract is not an eligible qualified investment under that Act or is not registered with the Teacher Retirement System of Texas as required by Section 8A of that Act [...]

95. Florida Annotated Statutes, §501.204, Unlawful acts and practices :

Pour ces États, se pose alors la difficulté du caractère vague de l'interdiction, créateur d'insécurité juridique pour les acteurs économiques et donc diminuant d'autant la position concurrentielle des entreprises situées au sein de cet État ⁹⁶.

30 Il semble alors que le choix opéré par le législateur européen d'inclure dans la directive :

- une disposition générale et vague, définissant les pratiques commerciales déloyales ;
- accompagnée de deux autres définitions, qui bien que plus restrictives restent relativement larges, que représentent celles des pratiques agressives et trompeuses ;
- enfin, le tout mêlé à une liste énumérative des pratiques commerciales déloyales en toutes circonstances ;

soit le choix le plus sage, afin de garantir tout à la fois un minimum de sécurité juridique sans pour autant permettre de trop grandes échappatoires.

En effet, une telle stratégie a pu *ex post* être qualifiée de « filet de sécurité là où la réglementation de l'UE spécifique à chaque secteur est lacunaire » ⁹⁷

31 Contrairement aux droits de *common law* qui préfèrent une conception et un développement du droit par un mécanisme principalement d'analogie, ne bornant donc pas les *torts* à des situations particulières, le droit européen a choisi de limiter le champ d'application de sa directive aux pratiques commerciales (I) ⁹⁸ au sein desquelles un critère de déloyauté sera créateur d'illégalité (II) ⁹⁹.

(1) *Unfair methods of competition, unconscionable acts or practices, and unfair or deceptive acts or practices in the conduct of any trade or commerce are hereby declared unlawful.*

(2) *It is the intent of the Legislature that, in construing subsection (1), due consideration and great weight shall be given to the interpretations of the Federal Trade Commission and the federal courts relating to s. 5(a)(1) of the Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. s. 45(a)(1) as of July 1, 2013.*

96. Voir en ce sens *Department of Legal Affairs v. Rogers*, 329 So.2d 257 (Fla. 1976) ;

DOBBS D.B. et BUBLICK E.M., *Cases and materials on advanced torts : economic and dignitary torts : business, commercial, and intangible harms*, St. Paul, MN : Thomson/West, 2006 (American casebook series), p.642.

97. Commission européenne, Communication au Parlement européen, au conseil et au Comité économique et social européen relative à l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales ; atteindre un niveau élevé de protection des consommateurs ; renforcer la confiance dans le marché intérieur, 14 mars 2013, COM(2013) 138 final.

98. p. 37 sqq.

99. p. 90 sqq.

TITRE I

LE CHAMP D'APPLICATION : LES PRATIQUES COMMERCIALES.

32 Alors que le système des *economic torts* ne se trouve pas limité par un champ d'application quant aux comportements ou quant aux personnes, puisqu'il s'attache à condamner ou non des pratiques selon que celles-ci aient créé ou non un préjudice patrimonial, et non au fait que ces comportements interviennent dans tel ou tel domaine ou contre telle ou telle personne. Il en résulte que son champ d'application se trouve extrêmement large et peut très bien convenir dans une application protégeant *in fine* le marché tel qu'en la matière des pratiques commerciales déloyales de la directive 2005/29/CE. À ce stade, l'étude du champ d'application sera donc limitée à celle concernant la directive européenne.

La directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*¹⁰⁰ est rédigée de manière à ce qu'une lecture trop hâtive puisse créer une confusion quant à son champ d'application dans l'esprit du lecteur. En effet, outre l'appel à des notions floues et nouvelles, la rédaction elle-même apparaît parfois contradictoire. Il sera donc nécessaire d'étudier le champ d'application de la directive qui impose de se situer dans une relation commerciale matériellement et personnellement encadrée, avant d'en analyser le champ d'interdiction consistant en la catégorisation des pratiques commerciales comme tenant lieu de déloyales.

Ainsi, la directive a choisi de s'intéresser aux « pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs » qu'elle définit comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ».

100. Dite « directive sur les pratiques déloyales ».

Il est dès lors certain que cette définition est extrêmement large, il s'agira alors d'en étudier de manière traditionnelle son champ d'application d'une part *ratione materiae* (Chapitre 1)¹⁰¹, et d'autre part *ratione personae* (Chapitre 2)¹⁰²

101. p. 39 sqq.

102. p. 62 sqq.

Chapitre 1 Le champ d'application *ratione materiae*.

- 33 « La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5¹⁰³, avant, pendant, et après une transaction commerciale portant sur un produit ».
- 34 C'est ainsi que la directive vient, dans son article 3, présenter la matière de la protection qu'elle entend harmoniser de manière maximale (Section 1)¹⁰⁴. Cela dit, après avoir introduit, à première lecture, de manière relativement large, son champ d'application *ratione materiae*, celle-ci vient exclure de manière expresse certains domaines de son champ d'intervention. Puis, une seconde lecture de cet article montre qu'elle se trouve *de jure*, matériellement limitée par deux notions relativement nouvelles, critiquables en leur rédaction, mais admissibles en leur volonté de rationalisation. En effet, tout d'abord, les législateurs européens ont voulu limiter ce champ d'application avec l'utilisation nouvelle du concept de « pratique commerciale » (Section 2)¹⁰⁵, ce faisant, et voulant rationaliser une définition déjà longue du fait de la multitude des actions et omissions prises en compte par cette terminologie, il leur a semblé nécessaire d'employer de manière critiquable la notion de « produit » (Section 3)¹⁰⁶.

103. Article 5 Interdiction des pratiques commerciales déloyales

- 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.
- 2. Une pratique commerciale est déloyale si :
 - a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et
 - b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.
- 3. Les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévoie cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.
- 4. En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont :
 - a) trompeuses au sens des articles 6 et 7, ou
 - b) agressives au sens des articles 8 et 9.
- L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.

104. p. 40 sqq.

105. p. 54 sqq.

106. p. 60 sqq.

Section 1 Les délimitations expresses.

35 Tout comme le système des *economic torts*, la directive 2005/29/CE a comme objectif la protection des intérêts économiques des victimes protégées. Alors que les *economic torts* ne distinguent pas entre les victimes¹⁰⁷, la directive quant à elle, malgré un attachement premier à la protection des consommateurs, intervient en outre au sein de protections parallèles telles que celles de la concurrence, ou du concurrent. En effet, le dommage souffert par une victime consommatrice ne constitue qu'un symptôme du mal, une analyse plus poussée mène à découvrir que ne sont pas seuls atteints le ou les consommateurs victimes de dommages importants, diffus, ou *a fortiori* de masse, mais que cela entraîne un dérèglement complet du jeu de la concurrence imposant ainsi comme victime les concurrents loyaux, le marché, et, dans une société reposant en grande partie sur la consommation, la société elle-même.

Malgré une forte volonté d'harmonisation, il apparaît que les rédacteurs de la directive 2005/29/CE ont doublement limité son champ d'harmonisation. D'une part, les moyens d'application de la directive ne seront pas modifiés (§1)¹⁰⁸, et d'autre part, certains domaines ont été expressément exclus (§2)¹⁰⁹.

§1 L'exclusion des règles d'application.

36 Bien que la seconde partie de ce travail sera exclusivement consacrée au régime d'application des pratiques commerciales déloyales¹¹⁰, il convient de noter de manière préliminaire que la directive n'a modifié ni les règles de compétence des tribunaux (II)¹¹¹, ni le droit des contrats (I)¹¹² pourtant pouvant être largement impactés par de telles pratiques.

Il est d'ailleurs intéressant de noter ici que la directive, qui exclut expressément le droit des contrats, n'en fait pas de même pour le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, il est dès lors possible de considérer que cette matière pourra être aménagée par le droit issu de la directive.

I Le droit des contrats .

37 « La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets du contrat »¹¹³.

107. Voir *supra*, n° 32.

108. p. 40 sqq.

109. p. 50 sqq.

110. Voir p. 300 sqq.

111. p. 43 sqq.

112. p. 40 sqq.

113. Dir. 2005/29/CE art. 3.2.

38 L'étude de cette disposition en apprend long sur la volonté du législateur européen qui, tout en voulant favoriser une concurrence saine et loyale, se refuse d'impacter directement les contrats qui en découleraient, une telle décision pourrait avoir pour effet de nuire à d'autres acteurs non signataires du contrat, mais dépendants de ce dernier, et serait source d'insécurité juridique. En outre, le régime des contrats et plus spécialement des contrats de consommation a déjà largement fait l'objet de dispositions européennes.

Le contrat demeure la chose des parties et ce que les parties ont élaboré, seules les parties devraient pouvoir le défaire, c'est pourquoi le législateur a, en premier lieu, souligné que la directive s'appliquait sans préjudice des dispositions relatives à la validité des contrats. Ainsi, si un contrat entre professionnel et consommateur avait été signé à la suite de l'utilisation par le professionnel d'une pratique déloyale, le consommateur ne pourrait pas demander la nullité du contrat sur le seul fondement de cette directive. Il pourrait cependant s'appuyer sur différentes dispositions nationales entraînant la nullité du contrat suite à certaines pratiques qui entrent dans le champ de cette directive sans être touchées par celle-ci qui a décidé de ne pas modifier les dispositions nationales relatives aux contrats. Malgré cette impossibilité d'obtenir la nullité du contrat sur le fondement de la présente directive, il n'est pas exclu que la victime de cette pratique puisse obtenir une réparation égale à la valeur payée pour le bien ou service sur lequel le contrat portait. Cette solution s'approcherait donc grandement de la solution déjà retenue concernant les pratiques d'envoi forcé, ou livraisons sans commande préalable pour lesquelles il est de tradition de considérer que le consommateur ne doit aucun paiement et peut garder la marchandise ¹¹⁴.

Cette position de rejet de la matière contractuelle par le droit des pratiques commerciales déloyales est reprise par le droit espagnol. En effet, l'article 19 du décret royal du 16 novembre 2007 ¹¹⁵, approuvant la loi de protection des consommateurs est modifié par la loi du 31 décembre 2009 ¹¹⁶, précise que ne sont pas considérées comme des pratiques commerciales les relations de nature contractuelle, qui se régiront conformément à ce qui est prévu dans l'article 59. Parallèlement, l'article 49.1.i, interdisant l'utilisation de clauses abusives au sein de contrats de consommation, reste inchangé.

39 La directive précise ensuite que les conditions de formation du contrat ne sont pas préjudiciées par l'application des règles qu'elle dispose. En effet, celle-ci n'édicte aucune disposition relative à la formation du contrat. Cependant, lorsqu'elle se penche sur les pratiques trompeuses, et notamment la publicité avant contrat, elle s'inscrit pleinement dans un processus de conclusion d'un contrat. Cette position se trouve d'autant plus facile à soutenir que la directive elle-même dispose que les pratiques commerciales tiennent lieu de pratiques en « relation

114. Voir en ce sens la réglementation des ventes et prestations sans commande préalable : not §136sq.

115. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

116. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »¹¹⁷, ou encore que « la présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales [...] avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit »¹¹⁸. Ainsi, malgré le fait qu'elle n'impose aucune règle devant répondre à une harmonisation maximale, elle ne cesse d'évoquer l'importance des pratiques *in contrahendo*, c'est-à-dire, se déroulant avant, ou pendant, la conclusion du contrat. Bien que ces pratiques ne sont pas harmonisées par la présente directive, elles peuvent constituer des pratiques commerciales déloyales et donc tomber sous le coup de celle-ci. En tout état de cause, dans une telle situation la victime ne se trouvera pas dans un processus d'action en responsabilité civile contractuelle, mais bel et bien délictuelle.

40 Enfin, concernant les effets du contrat, l'application de la directive ne préjudicie pas le droit qui leur est applicable. En effet, le contrat produira ses pleins effets et ne sera donc ni réduit, ni élargi à d'autres parties et notamment aux concurrents eux aussi victimes de la pratique déloyale. Il est ici question des mêmes remarques que celles pouvant être apportées à la validité du contrat. Celui-ci restant valable, il produira les effets entre les parties signataires, mais cela n'empêchera pas le juge, en application de dispositions nationales ou européennes, de construire autour de ce contrat ou à côté de celui-ci, selon une vision aristotélicienne, un droit rétablissant le juste équilibre qui aurait été faussé par l'utilisation, par le professionnel, de pratiques déloyales.

41 Cela ne veut pas pour autant dire que le législateur européen ne s'intéresse pas à la protection contractuelle des consommateurs. En effet, un panorama des dispositions déjà en vigueur montre que la matière est en grande partie déjà couverte. Ainsi en est-il, notamment, des contrats de fourniture de biens ou services conclus entre consommateurs et professionnels. En effet, la directive 2011/83/UE¹¹⁹ est venue harmoniser la matière en édictant notamment des obligations d'information concernant les contrats conclus à distance ou hors établissement. De la même manière, les directives 93/13/CE¹²⁰ et 1999/44/CE¹²¹, bien que modifiées par la disposition précédente, continuent d'encadrer leurs domaines respectifs.

Parallèlement, le droit des contrats de crédit à la consommation ou encore celui des fournitures de services financiers, ont comme il demeure d'usage, fait l'objet de dispositions spéci-

117. Dir. 2005/29/CE art.2.d.

118. Dir. 2005/29/CE art.3.1.

119. Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

120. Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

121. Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

fiques, il s'agira alors de se référer aux directives 2008/48/CE ¹²², et 2002/65/CE ¹²³, applicables à la matière.

Enfin, de la même manière, le *timeshare*, ou contrats de vente de biens immobiliers à temps partagé, a été encadré par la directive 2008/122/CE ¹²⁴, qui par la même occasion a abrogé la directive 94/47/CE.

II La compétence des tribunaux .

- 42 « La présente directive s'applique sans préjudice des règles régissant la compétence des tribunaux » ¹²⁵. Cela signifie d'une part, qu'il appartient aux États de fixer les règles de compétence des tribunaux concernant les litiges nationaux, et d'autre part, que la directive n'entend pas revenir sur les dispositions applicables en matière de litiges transnationaux, que ceux-ci soient européens ou internationaux.

A Les règles de compétence européenne .

- 43 La directive, pour encourager la finalisation du marché commun, souhaite redonner confiance aux consommateurs dans l'application du droit au sein de l'Union européenne. Elle compte ainsi, faire évoluer la consommation européenne et donc les achats internationaux au sein de l'Union.

Pour cela, deux conditions apparaissent nécessaires, la première consiste dans la connaissance du droit applicable, il reste à ce sujet certain qu'une harmonisation maximale faisant naître un corpus juridique commun au sein de l'Union européenne, et au-delà même au sein de l'Espace Economique Européen, demeure la solution la plus simple pour que l'ensemble des consommateurs dispose du même droit et sache donc le droit applicable lors d'achats effectués au sein de cet espace. Il n'est ainsi, plus nécessaire de qualifier de délictuelle la pratique puis de procéder à l'application du règlement Rome II ¹²⁶. Il convient en outre de préciser que l'application de ce règlement n'aurait pas été assurée, ce qui aurait rendu d'autant plus difficile la protection des consommateurs, des concurrents et donc *in fine*, du marché européen. Cela est d'autant plus important qu'Internet a fait naître des possibilités d'échanges accrues notamment avec la création de sites Internet rédigés en plusieurs langues et dont, finalement, il apparaît

122. Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

123. Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE du Conseil.

124. Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange.

125. Dir. 2005/29/CE art. 3.7.

126. Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

difficile de connaître la nationalité, et avec une vitesse d'acquisition, de la même manière, augmentée par le fait que le consommateur n'ait plus à se déplacer pour procéder à l'achat qui, en outre, se trouve dans un premier temps extrêmement virtuel : une photographie et un descriptif présentant un produit, des numéros de carte bancaire, le plus souvent, comme moyen de paiement et ce n'est que plus tard que la réalité rejoindra la fiction, tout d'abord lors du prélèvement bancaire, puis lors de la livraison, ou non, du produit.

44 La seconde condition est que la victime des pratiques commerciales déloyales connaisse la juridiction compétente pour obtenir la reconnaissance de ses droits ¹²⁷. S'agissant de cette compétence judiciaire européenne, il est nécessaire de faire application du règlement dit Bruxelles I ¹²⁸ depuis mis à jour par le Règlement 1215/2012 ¹²⁹. Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler que ce règlement attire les personnes d'une nationalité étrangère à l'Union, mais domiciliées dans l'un des États membres ¹³⁰. Plus généralement, les domiciliés se retrouvent assimilés aux nationaux ¹³¹. En outre, si le demandeur et le défendeur ne sont pas domiciliés sur le territoire du même État membre, les articles 7.2 et 7.3 viennent s'appliquer.

En effet, la directive, ne trouvant pas à s'appliquer aux dispositions contractuelles, la violation des dispositions qu'elle contient doit être considérée comme délictuelle, cette position se trouvera d'autant plus vraie lorsque l'action sera intentée par un concurrent. Il en découle donc qu'une « personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre » :

- d'une part « en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » ¹³² ;
- d'autre part « s'il s'agit d'une action en réparation de dommage ou d'une action en restitution fondée sur une infraction, devant la juridiction saisie de l'action publique, dans la mesure où, selon sa loi, cette juridiction peut connaître de l'action civile » ¹³³.

Ainsi, lorsque la pratique commerciale a, par sa déloyauté, causé préjudice à un consommateur, celui-ci pourra attirer le professionnel au tribunal compétent de son domicile. Il en ira de même lorsque le préjudice sera causé à un concurrent : celui-ci pourra attirer le concurrent déloyal au tribunal du lieu où l'acte lui aura causé un préjudice par l'atteinte à la loyauté normalement attendue par les consommateurs et étant attendue de lui par ses clients.

Cela étant, il est nécessaire de rappeler que cette disposition ne restera acceptable que si les deux parties se trouvent d'une nationalité d'un État membre ou au moins domiciliées dans

127. Il sera ensuite nécessaire qu'elle en obtienne l'exécution.

128. Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

129. Règlement n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

130. Règlement n° 1215/2012, art. 4.

131. Règlement n° 1215/2012, art. 6.

132. Règlement n° 1215/2012, art 5.3.

133. Règlement n° 1215/2012, art 5.4.

celui-ci. En effet, en dehors de cette condition la compétence sera réglée par la Loi de chaque État membre ¹³⁴.

B Les règles de compétence internationale .

- 45** En présence d'un élément d'extranéité tel que la nationalité étrangère de l'une des parties au litige, le droit à appliquer résidera dans le droit international privé. Lors d'un tel litige, le demandeur doit savoir quelle juridiction dispose de la compétence de statuer, et sur quelle loi se basera-t-elle à cette fin.

1 La juridiction compétente .

- 46** Tout d'abord, il est intéressant de noter que la compétence des juridictions nationales dans ce type de litiges sera fixée, le plus souvent, de manière unilatérale par les États. En France, les règles de compétences judiciaires internationales ne figurent dans aucun texte, cependant, la jurisprudence soutient de manière constante qu'« en droit français, la compétence internationale est régie par les règles internes de compétence territoriale, quelles que soient la loi applicable au fond et la nationalité des parties » ¹³⁵. Ainsi, en droit international privé comme en droit national, il sera nécessaire de faire application de l'article 42 du Code de procédure civile ¹³⁶ donnant compétence à la juridiction du lieu de résidence du défendeur (*actor sequitur forum rei*). La définition de ce domicile sera entendue telle que celle disposée par la *lex fori*. Il s'agira donc d'appliquer les articles 102 ¹³⁷ et suivants du Code civil. En outre, la jurisprudence française des « gares principales » sera elle aussi appliquée permettant ainsi d'agir contre une société disposant d'un établissement sur le territoire du tribunal saisi.

- 47** Les règles espagnoles de compétence en matière de concurrence déloyale ont été modifiées par la loi 1/2000 du 7 janvier 2000 ¹³⁸. Ainsi la juridiction compétente sera celle du lieu de l'établissement du défendeur, et s'il n'avait pas d'établissement, celle de son domicile ou de sa

134. Règlement n° 1215/2012, art. 6.1 : « Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application de l'article 18, paragraphe 1, de l'article 21, paragraphe 2, et des articles 24 et 25 ». Ces deux derniers articles ne trouveront pas à s'appliquer aux litiges nés de la violation des dispositions de la présente directive.

135. Cass. 1^{re} civ. 13 janv. 1981, JDI 1981. 360, note A. HUET, Rev. crit. DIP 1981. 331, note GAUDEMET-TALLON ;

Cass. soc. 20 oct. 1985, Rev. crit. DIP 1985. 99, note GAUDEMET-TALLON.

136. Art. 42 CPC : La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur. S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux. Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger.

137. Art. 102 C.Civ. : Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

138. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

résidence. Si toutefois, aucun de ces endroits ne figurait sur le territoire espagnol, serait alors pris en compte le lieu de survenance des actes déloyaux ou de leurs effets ¹³⁹.

- 48 Se pose alors la question du site Internet, celui-ci peut-il être considéré comme un établissement ? Bien que ne se référant pas à la jurisprudence des gares principales, les différentes chambres de la Cour de cassation ont répondu en faveur d'une compétence internationale des juridictions françaises suite à la simple accessibilité du site en France ¹⁴⁰, ou exposé autrement, en raison de ce que « les faits allégués de commercialisation sur le territoire national seraient susceptibles de causer un préjudice » au demandeur ¹⁴¹. Cela dit, l'application d'un critère si aisément vérifiable rend d'autant plus importants les risques de *forum shopping*. Bien que cette instrumentalisation peut être condamnée par une action en dommages-intérêts pour procédure abusive sur le fondement de l'article 32-1 du Code de Procédure civile ¹⁴², cette sanction n'intervient qu'*a posteriori* et ne possède donc pas l'efficacité attendue dans un monde des affaires où le temps joue en défaveur des concurrents et où donc les actions dilatoires ou vexatoires se trouvent d'autant plus condamnables. Ainsi, dans un esprit similaire à celui de l'article 31 du Code de procédure civile ¹⁴³, sont apparus des arrêts vérifiant l'existence d'un « lien suffisant, substantiel ou significatif » entre le fait et le dommage allégué sur le territoire français ¹⁴⁴. Il en

139. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Artículo 52. Competencia territorial en casos especiales, [...] 12. « *En los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante* ».

140. Cass. 1^{re} civ. 9 déc. 2003, n° 01-03.225, *Sté Castellblanch c/ Sté Champagne Louis Roederer* : JurisData n° 2003-021338 ; D. 2004, p. 276, obs. MANARA ; Comm. com. électr. 2004, comm. 40, note CARON ; JCP G 2004, II, 10055, note CHABERT ; JDI 2004, p. 872, note HUET ; Rev. crit. DIP 2004, p. 632, note CACHARD ; Procédures 2004, comm. 52, obs. NOURRISSAT ; LPA 23 févr. 2005, p. 5, note BRIERE ; Bull. civ. 2003, I, n° 245 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2005, p.63.

Cass. Com., 20 mars 2007, n° 04-19.679, HSM : JurisData n° 2007-038233 ; JCP G 2007, II, 10088, note ANCEL ; Comm. com. électr. 2007, comm. 150, obs. MALAURIE-VIGNAL.

Cass. com., 10 juill. 2007, n° 05-18.571, *L'Oréal* : JurisData n° 2007-040140 ; JCP G 2007, II, 10161, note CHABERT ; Comm. com. électr. 2007, comm. 119, note CARON ; Rev. crit. DIP 2008, p. 322, note TREPPOZ [1^{re} et 2^e esp.].

141. Cass. com., 20 mars 2007 : Juris-Data n° 2007-038233 ; Bull. civ. IV, 2007, n° 91 ; JCP G 2007, II, 10088, note ANCEL ; Propr. Intell. 2007, n° 24, n° 349, obs. PASSA ; CARON, Comm. com. électr. 2007, repère 8 et comm. 119.

142. C. CHABERT, « Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet », La Semaine Juridique Édition Générale n° 44, 29 octobre 2008, II 10180. Art. 32-1 CPC : Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés.

143. Art. 31 CPC : L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

144. CA Paris, 4^e ch., sect. A, 26 avril 2006 : JurisData n° 2006-300702 ; Comm. com. électr. 2006, comm. 106, note CARON ;

CA Paris, 4^e ch., sect. B, 9 novembre 2007 : JCP G 2008, II, 10016, note CHABERT.

ira ainsi d'un site rédigé en français¹⁴⁵, mais aussi d'un site dont certaines pages ne sont pas rédigées en français, mais dont l'ensemble reste intelligible par un public français¹⁴⁶.

- 49 En outre, la directive fixe les capacités du consommateur moyen selon le groupe au sein duquel il s'inscrit¹⁴⁷. Une question vient donc se poser, qu'en sera-t-il lorsqu'uniquement une partie du public français est visé par la pratique commerciale ? Il a été jugé dans une vente entre professionnels que ce « lien suffisant, substantiel ou significatif » peut exister lorsque le public ciblé, en raison de la technicité du secteur d'activité et du nombre réduit d'acteurs au sein du marché, se doit de maîtriser la langue anglaise¹⁴⁸. Il n'est pas exclu qu'il puisse en aller de même face à un marché de niche où les consommateurs seront particulièrement avertis dans la langue traditionnelle de vente du produit ou service. Cette position permet donc de protéger le consommateur français face à un site exerçant, à leur attention, des pratiques déloyales ou contrefaisantes, dans une langue étrangère¹⁴⁹.
- 50 Cette position se rapproche grandement de celle développée par l'*American Law Institute* (ALI) à propos de la protection internationale des droits de propriété intellectuelle¹⁵⁰. En effet selon son paragraphe 204 une personne peut être poursuivie dans tous les États où elle a substantiellement agit, ou effectué d'importants actes préparatoires afin d'entreprendre ou de poursuivre une violation alléguée, de même elle peut être poursuivie s'il peut être raisonnablement déduit que ses agissements étaient dirigés vers cet État¹⁵¹.

145. J. LARRIEU, « La cyberconcurrence internationale », *Propriété industrielle* n° 6, Juin 2007, comm. 56. Note sous *Affaire CD Folie Eg c/ Rue du Commerce* : CA Paris, 5^e ch., Sect. B, 22 mars 2007 : *Juris-Data* n° 2007-329825.

Affaire Google : TGI Paris, 7 décembre 2007 : www.legalis.net

Affaire eBay : T. com. Paris, 30 juin 2008, *Christian Dior Couture* : *JurisData* n° 2008-364501 ; JCP G 2008, II, 10168, note VUITTON ; T. com. Paris, 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier* : *Comm. com. électr.* 2008, chron. 8.

146. *Affaire Kenzo c/ eBay* : TGI Paris, 14 décembre 2007.

147. Voir en ce sens, p. 74 sqq..

148. *Affaire Kenzo c/ eBay* : TGI Paris, 14 décembre 2007.

149. TGI Paris, réf., 11 juillet 2007, *Hamon c/ Abel Quality Products*,

CA Paris, 4^e ch. B, 9 nov. 2007, *M. X. c/ Sté Ebay Inc.* : www.dalloz.fr, obs. MANARA ;

TGI Paris, réf., 2 juill. 2007, *Association Union départementale des associations familiales de l'Ardèche et al. c/ Linden Research Inc. et al.* : *Comm. com. électr.* 2007, comm. 111, note LEPAGE.

150. THE AMERICAN LAW INSTITUTE : *Intellectual property : principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes, Proposed final draft*, 30 mars 2007, www.ali.org.

151. *Ibid*, § 204. *Infringement Activity by a Defendant Not Resident in the Forum (1) A person may be sued in any State in which that person has substantially acted, or taken substantial preparatory acts, to initiate or to further an alleged infringement. The court's jurisdiction extends to claims respecting all injuries arising out of the conduct within the State that initiates or furthers the alleged infringement, wherever the injuries occur. (2) A person may be sued in any State in which its activities give rise to an infringement claim, if it reasonably can be seen as having directed those activities to that State. The court's jurisdiction extends to claims respecting injuries occurring in that State. (3) A person who cannot be sued in a WTO-member State through the application of §§ 201-204(1) may be sued in any State in which its activities give rise to an infringement claim if : (a) it reasonably can be seen as having directed those activities to that State, and (b) it solicits or maintains contacts, business, or an audience in that State on a regular basis, whether or not such activity initiates or furthers the infringing activity. The court's jurisdiction extends to claims respecting injuries arising out of conduct outside the State that relates to the alleged infringement in the State, wherever the injuries occur.*

51 En réalité, il s'agit ici de rechercher l'existence d'un lien de causalité entre la pratique déloyale ou contrefaisante, supposée exercée depuis l'étranger à travers un site Internet, et le dommage allégué subi sur le territoire national ¹⁵². Alors qu'il est légitime de se demander si ce lien de causalité doit se trouver ou non intentionnel, il semble que la question ne doit pas se poser à ce stade. En effet, il ne s'agit pas ici de démontrer le lien ou l'absence de lien de causalité entre le fait déloyal et le préjudice afin d'accorder ou non une réparation aux victimes, mais de savoir si les tribunaux nationaux demeurent compétents. Or, peu importe à ce stade que le lien de causalité soit intentionnel, cela constituerait une entrave grave au service public de la justice, dont l'une des missions réside dans le maintien de l'ordre public sur le territoire national, que de limiter son accès aux affaires où il est prouvé par avance un lien entre le fait dommageable et le préjudice. En outre, ne pas accepter de telles actions reviendrait à accepter un déni de justice inacceptable dans un État de droit ¹⁵³.

Une fois le tribunal déclaré compétent, il est nécessaire de savoir quelle loi devra-t-être appliquée.

2 La loi applicable .

52 Selon le règlement Rome II ¹⁵⁴, il faut ici distinguer deux situations, d'une part, celle du concurrent qui le plus souvent agira sur le fondement de la concurrence déloyale ¹⁵⁵, et d'autre part, celle du consommateur qui lui se trouve, par rapport au concurrent déloyal, dans une situation *in contrahendo* ¹⁵⁶.

Concernant le concurrent et donc dans une relation de B2B ¹⁵⁷ tout d'abord, celui-ci se trouve face à une personne exerçant des pratiques déloyales, il ne semble donc pas qu'il y ait de difficultés à considérer qu'il se trouve face à un acte de concurrence déloyale. La loi applicable sera donc, selon ce raisonnement, celle « du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être » ¹⁵⁸. En effet, ici la règle générale de l'article 4 est exclue puisque la directive ne peut être appliquée lorsqu'une pratique n'affecte que les intérêts d'un concurrent déterminé. La disposition rejoint ici l'idée, développée lors de l'étude de la compétence des juridictions. Cela dit, si les intérêts affectés, ou susceptibles de l'être, se retrouvent sur le territoire de plusieurs États membres, le

152. M.-E. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », Communication Commerce électronique n° 1, janvier 2008, chron. 1.

153. GAUDEMET-TALLON H., « Compétence internationale : matière civile et commerciale », Répertoire de droit international Dalloz, Juin 2015, n°s 85 sqq..

154. Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

155. Voir *infra* ; mais également p. 79 sqq.

156. Voir *supra*, p. 40 s.

157. *Business to business*

158. Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Art. 6.

demandeur en réparation qui intente l'action devant le tribunal du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur la loi de ce pays uniquement s'il fait partie des marchés affectés. Plus généralement, la loi ne pourra être que l'une de celles des États dont le marché a été affecté par la pratique déloyale.

53 Concernant ensuite la relation *B2C*¹⁵⁹, les protagonistes se trouvent ici dans une relation pouvant être qualifiée d'*in contrahendo*. Ainsi selon l'article 12 du règlement Rome II, « la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu ». Il s'agit donc encore une fois, de manière pragmatique, de prendre en compte le marché visé, ceci évite les risques de *forum shopping* et permet une plus grande sécurité juridique pour les entreprises leur permettant de réduire les coûts relatifs aux éventuels frais de justice et donc *in fine* d'augmenter leur compétitivité.

54 Reste alors une dernière difficulté qui représente celle d'un contrat conclu ou qui aurait pu être conclu dans un État autre que ceux de l'UE et qui donc a été soumis à une loi étrangère, mais dont le jugement doit être exécuté sur le territoire national. Tout comme l'édiction des lois, le prononcé de décisions judiciaires prend part à la manifestation du pouvoir souverain des États. À ce titre, il est nécessaire que les États étrangers y apportent le respect qu'il se doit. Cependant, le Règlement n° 1215/2012 a souhaité harmoniser et faciliter les conditions de reconnaissance des décisions européennes au sein de l'Union, il dispose ainsi que « les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure »¹⁶⁰.

À ce titre, la liste des conditions de régularité internationale du jugement étranger initialement posée par l'arrêt *Munzer*¹⁶¹ affirmant « que, pour accorder l'*exequatur*, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ; que cette vérification, qui suffit à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'*exequatur*, constitue en toute matière à la fois l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision » semble dorénavant devoir être exclue au profit d'une possibilité *a contrario*, offerte à toute partie intéressée, de demander le refus de la reconnaissance de la décision si l'une des conditions édictées par l'article 45 du Règlement n° 1215/2012 est constituée¹⁶².

159. *Business to consumer*

160. Règlement n° 1215/2012, art. 36.

161. Cass. Civ. 1^{re}, 7 janvier 1964, Rev. crit. DIP 1964. 302, note BATIFFOL, JDI 1964. 302, note GOLDMAN, JCP 1964. II. 13590, note ANCEL.

162. Règlement n° 1215/2012, art. 45 :

§2 Les domaines expressément exclus.

55 La directive 2005/29/CE a pour objet de protéger les intérêts économiques des consommateurs, ce qui exclut *ipso facto* la protection de leur santé ou sécurité (I) ¹⁶³.

De la même manière, elle se limite aux pratiques commerciales, ce qui doit être entendu comme les pratiques de commercialisation ¹⁶⁴. Dès lors, à l'inverse du droit commercial français, le droit des pratiques commerciales déloyales s'intéresse à la commercialisation et non au commerçant ou aux règles d'établissement ou d'accès à certaines professions (II) ¹⁶⁵.

Enfin, et de manière résiduelle, certains domaines ont été expressément exclus du fait de leur spécificité (III) ¹⁶⁶.

I La santé et la sécurité .

56 « La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits » ¹⁶⁷.

57 La directive renvoie donc aux mesures européennes ou nationales relatives aux intérêts extrapatrimoniaux concernant les aspects de santé et de sécurité des produits. Cependant, certaines de ces mesures peuvent entrer en conflit avec la directive.

En effet lors de sa proposition de directive, la commission relevait que « les allégations trompeuses en matière de santé, compte tenu de leur capacité à altérer l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause, seront appréciées au titre des dispositions

« 1. À la demande de toute partie intéressée, la reconnaissance d'une décision est refusée :

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;
b) dans le cas où la décision a été rendue par défaut, si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié ou signifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ;

c) si la décision est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis ;
d) si la décision est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause, lorsque la décision rendue antérieurement réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis ; ou

e) si la décision méconnaît :

i) les sections 3, 4 ou 5 du chapitre II lorsque le preneur d'assurance, l'assuré, un bénéficiaire du contrat d'assurance, la victime, le consommateur ou le travailleur était le défendeur, ou

ii) la section 6 du chapitre II.

2. Lors de l'appréciation des motifs de compétence visés au paragraphe 1, point e), la juridiction saisie de la demande est liée par les constatations de fait sur lesquelles la juridiction d'origine a fondé sa compétence.

3. Sans préjudice du paragraphe 1, point e), il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction d'origine. Le critère de l'ordre public visé au paragraphe 1, point a), ne peut être appliqué aux règles de compétence.

4. La demande de refus de reconnaissance est présentée selon la procédure prévue à la sous-section 2 et, s'il y a lieu, à la section 4 ».

163. p. 50 sqq.

164. Voir aussi, p. 37 sqq.

165. p. 51 sqq.

166. p. 52 sqq.

167. Dir. 2005/29/CE art.3.3.

relatives aux pratiques commerciales trompeuses. Par exemple, si un produit revendique qu'il permet la repousse des cheveux sur une tête chauve alors qu'en réalité ce produit n'a pas cette capacité, cette revendication constitue alors une revendication trompeuse couverte par la directive. En revanche, si le produit rend le consommateur malade, ceci n'entre pas dans le champ d'application de la présente directive et la réparation ne pourra pas être demandée sur la base de la présente directive »¹⁶⁸. La Commission démontrait donc ici que la présente directive pouvait cohabiter avec les dispositions légales préexistantes en matière de sécurité et de santé.

58 Il s'agissait alors, par le biais de cette disposition, de préciser l'intérêt protégé, qui ne participera pas à celui de la santé ou de la sécurité, mais sera l'intérêt économique des victimes. Cependant, cette solution ne demeure pas toujours aussi aisée à obtenir. En effet, il arrive que certains produits soient déconseillés, ou du moins qu'une attention particulière à leur usage soit conseillée, à l'égard de certaines personnes pour des raisons de santé. Il s'agira par exemple des médicaments déconseillés aux personnes cardiaques ou souffrantes d'insuffisance rénale. S'il s'avérait que le producteur ou le vendeur de ce produit y attachait une présentation trompeuse ou de nature à induire en erreur, celui-ci créerait à la fois une atteinte à la santé du consommateur, répréhensible sous le champ d'application des dispositions relatives à la santé et à la sécurité, et une atteinte à la loyauté nécessaire aux pratiques commerciales, le tout lors d'un seul et même acte. Or, condamner deux fois l'auteur d'une telle pratique constituerait une contrariété au principe *non bis in idem*, il sera donc nécessaire que le magistrat chargé de l'affaire choisisse quelle disposition appliquer. Ceci pourrait donc être considéré comme source d'insécurité juridique, insécurité qui peut être contrebalancée par l'application du principe *specialia generalibus derogant* qui semble, en combinaison avec l'article 3.3 de la présente directive, imposer une application des règles relatives à la santé et à la sécurité.

59 Enfin, il arrive que des dispositions relatives à la santé et à la sécurité des consommateurs viennent incidemment protéger la concurrence et les concurrents, ce sera par exemple le cas concernant la commercialisation de certains produits tels que les produits pharmaceutiques, l'alcool, ou encore le tabac. À ce titre, le Conseil a arrêté le 15 novembre 2004, une position commune en vue de l'adoption de la présente directive, dans laquelle il précise que « les États membres pourront ainsi maintenir ou instaurer sur leur territoire des mesures de restriction ou d'interdiction de pratiques commerciales pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, quel que soit le lieu d'établissement du professionnel, par exemple pour ce qui concerne l'alcool, le tabac ou les produits pharmaceutiques »¹⁶⁹. Ainsi, il apparaît que pour les États membres, la politique de santé et de sécurité méritait qu'il soit dérogé à cette directive et aux intérêts purement économiques protégés.

II Les conditions d'accès ou d'établissement à certaines professions .

168. COM (2003) 356 final ; 2003/0134 (COD) : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales présentée par la Commission.

169. Position commune CE n° 6/2005 (2005/C 38 E/01), point 9.

- 60 « La présente directive s'applique sans préjudice des conditions d'établissement ou des régimes d'autorisation ou des codes de déontologie ou de toute autre disposition spécifique régissant les professions réglementées que les États membres peuvent imposer aux professionnels, conformément à la législation communautaire, pour garantir que ceux-ci répondent à un niveau élevé d'intégrité »¹⁷⁰.
- 61 Il s'agit ici, de faire en sorte que la directive et son harmonisation maximale ne soient pas vues comme une boîte de pandore dont l'ouverture par sa ratification permettrait par une lecture *a contrario* de la directive, de contourner les réglementations d'établissement, les régimes d'autorisation ou plus généralement les codes déontologiques ou autres dispositions encadrant certaines professions.
- Concernant les conditions d'établissement ou régimes d'autorisation, il est aisé de penser aux bureaux de tabac¹⁷¹ ou aux officines pharmaceutiques¹⁷² qui, pour des raisons de santé publique, sont soumis à des obligations légales limitant la concurrence.
 - Concernant les codes déontologiques, il s'agirait, en lien direct avec la directive d'éviter, par exemple en France, le contournement de la réglementation de la publicité au profit des avocats. En effet, l'article 10 du règlement intérieur national de la profession d'avocat encadre strictement l'utilisation et les formes de publicité au profit des professionnels qu'il coordonne¹⁷³.

III Les dispositions spécifiques à certains domaines .

- 62 Tout d'abord, « Pour ce qui est des services financiers, au sens de la directive 2002/65/CE, et des biens immobiliers, les États membres peuvent imposer des exigences plus restrictives ou plus rigoureuses que celles prévues par la présente directive dans le domaine dans lequel cette dernière vise au rapprochement des dispositions en vigueur »¹⁷⁴. Cette disposition s'explique d'une part, par la vision traditionnelle, issue du droit romain selon laquelle, *res mobilis*, *res vilis*, qui permettait une distinction entre les biens mobiliers qui se trouvaient de peu de valeur face aux biens immobiliers qui eux, et en tête desquels venait la terre nourricière, représentaient la valeur suprême. Aujourd'hui, bien que cette distinction ne tienne plus autant de cohérence, certains biens mobiliers possédant davantage de valeur que d'autres biens immobiliers, cette dernière perdure, et il est flagrant que le législateur continue à différencier les biens

170. Directive 2005/29/CE, Art. 3.8.

171. Décret n° 2010-720 du 28 juin 2010 relatif à l'exercice du monopole de la vente au détail des tabacs manufacturés. Arrêté du 24 février 2012 relatif à la revente des tabacs manufacturés

172. Art. L.5125-3 et suivants du Code de la santé publique.

173. RIN, Art. 10 : (D. 12 juillet 2005, art. 15 ; L. 31 décembre 1971, art. 66-4 ; D. 25 août 1972), Modifié par DCN n° 2010-002, AG du Conseil national du 08-05-2010, Publiée au JO par Décision du 20-05-2010 - JO 11 juin 2010.

174. Directive 2005/29/CE, art. 3.9.

mobiliers des biens immobiliers. Ainsi en reste-t-il du droit de la consommation qui dissimile, par exemple, le contrat de prêt à la consommation du contrat immobilier.

L'exclusion des services financiers se trouve quant à elle plus cohérente. En effet, les engagements dans des contrats de fourniture de services financiers apparaissent souvent très lourds de sens pour les consommateurs. En ce sens, la directive vise à ce propos les services de prêts financiers. Ceux-ci se retrouvent doublement dangereux pour les consommateurs. D'une part, il arrive que les montants soient très importants ou dans le même ordre d'esprit que la durée d'endettement soit elle aussi très longue. D'autre part, il arrive que le montant ou la durée paraisse a priori peu importants, mais que ceux-ci par des techniques de *revolving*, entraînent le consommateur dans une spirale dont il éprouve du mal à échapper. Finalement, la CJUE est venue préciser la définition qui devait être retenue au sujet des services financiers, ainsi se conformant à la directive 2002/65/UE, elle considère que constitue un service financier « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements ». Il sera alors possible pour les États membres d'imposer des dispositions plus strictes pouvant aller jusqu'à des interdictions lorsque la déloyauté sera présente au sein de pratiques commerciales relatives à des services financiers. Ainsi en sera-t-il notamment de l'interdiction *per se* d'une offre conjointe de services financiers¹⁷⁵.

Enfin, et de manière plus anecdotique, « La présente directive ne vise pas l'application des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de certification et d'indication du titre des ouvrages en métal précieux »¹⁷⁶.

- 63** Bien que souffrant de quelques restrictions, le champ d'application de la présente directive demeure très large. Celui des *economic torts* l'est d'autant plus qu'il ne se trouve limité, ni matériellement ni personnellement. Cela étant, il ne faut pas oublier qu'il n'est sujet que d'encadrer les pratiques commerciales déloyales et non pas l'intégralité des pratiques commerciales. Ainsi, le bénéfice de la directive ne se pourra que lorsque l'auteur de l'acte en cause prendra part à une pratique commerciale.

175. CJUE, 18 juillet 2013, *Citroën Belux NV contre Federatie voor Verzekerings- en Financiële Tussenpersonen (FvF)*, aff. C-265/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général).

176. Directive 2005/29/CE, art.3.10.

Section 2 Le nouveau concept européen de pratiques commerciales.

64 Si l'on s'en tient au LITRE, une pratique commerciale tiendrait lieu d'une application des règles, ou une action, par opposition à la théorie, de nature commerciale, c'est-à-dire liée à la commercialisation d'un bien ou d'un service. Dès lors, il apparaît difficile de délimiter l'action de la directive sur les agissements du professionnel. De manière plus juridique, GÉRARD CORNU définit la pratique comme une « façon d'agir, (une) manière de procéder dans une branche d'activité ou un genre d'opération », ou encore, une « façon particulière d'agir qui peut être conforme ou contraire au droit ou s'établir *praeter legem* (au-delà de la loi, dans le silence de la loi) »¹⁷⁷. Tant au point de vue juridique que général, cette directive semble donc avoir vocation à s'appliquer à toutes les façons d'agir ou de procéder relatives à la commercialisation d'un bien ou d'un service¹⁷⁸. Pourtant, si tel était le cas, pourquoi les législateurs européens se seraient-ils attachés à donner une définition des pratiques commerciales ? En effet, dans son article 2, dédié aux définitions, ce texte présente « les pratiques commerciales » comme : « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »¹⁷⁹. Cela dit, cette définition, bien que peu développée et faisant appel à des concepts généraux, renvoie en réalité à un champ d'application très large. Il est donc important d'étudier cette définition terme par terme pour en comprendre l'intégralité.

65 Tout d'abord, il s'agira de toute action ou omission, c'est-à-dire que la directive ne se limite pas aux seuls actes positifs, mais aussi aux faits volontairement ou non inaccomplis, il s'agit ici, d'une vision traditionnellement extensive de la responsabilité du professionnel, qui doit, non pas se limiter à agir en *bonus pater familias* comme l'impose le droit commun, mais plutôt faire preuve de toute la diligence que lui impose sa profession et son caractère professionnel par opposition au profane¹⁸⁰. La référence à l'omission rappellera en outre, l'inexécution des obligations du professionnel, et si l'on voulait se limiter à la publicité, l'inexécution notamment, de l'obligation d'information ou de conseil reposant sur le professionnel.

177. G. CORNU, « Vocabulaire juridique », PUF.

178. En ce sens : P. CONTE : « On doit prendre dès lors l'expression dans son acception la plus banale, celle d'une manière d'exercer une activité commerciale, à travers, notamment, la publicité, les procédures de négociation, les techniques de vente, etc. », S. FOURNIER : « il semble qu'en définitive la notion de pratique commerciale renvoie, plus ou moins, à la publicité largement entendue. Formulé différemment, cela reviendrait à dire que, parmi les pratiques envisagées, figure, pour l'essentiel, la publicité »

179. Dir. 2005/29/CE, Chapitre 1 Dispositions générales, Article 2 Définition, point d. CJUE, 14 janvier 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C-304/08, Rec. p. I-217, point 36, et du 9 novembre 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, C-540/08, point 17. Ce qui est rédigé sous la version anglaise comme : *any act, omission, course of conduct or representation, commercial communication including advertising and marketing, by a trader, directly connected with the promotion, sale or supply of a product to consumers*. Et sous la version espagnole comme : *todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*

180. G. CORNU, « Vocabulaire juridique », op. cit.

66 Cependant, il ne faut pas se limiter aux actes ou omissions concernant la publicité¹⁸¹, même entendue au sens le plus large tel que la jurisprudence en pratiquait l'application en acceptant que celle-ci soit effectuée sur un support quelconque¹⁸². En effet, l'utilisation dans cette même définition de l'expression « y compris » n'est pas fortuite, cela est d'autant plus flagrant qu'une lecture combinée de cette définition avec le premierement de l'article 3 permet de viser les pratiques commerciales intervenant « avant, pendant et après une transaction commerciale »¹⁸³, or la publicité acquerra son principal impact avant la transaction. Cependant, comme l'indique le Professeur FOURNIER, « on doit néanmoins convenir que, par hypothèse, une méthode commerciale est intéressée et a donc pour finalité, plus ou moins directe, la conclusion d'un contrat, ou la prolongation d'une relation contractuelle. C'est pourquoi on peine à trouver des exemples de pratiques véritablement postérieures à la conclusion d'un contrat qu'un agent pourrait songer à mettre en œuvre et qui seraient de nature à tromper son contractant »¹⁸⁴.

67 Viennent ensuite les conduites, démarches et communications commerciales. Là encore, la directive s'est voulue très large dans ses termes. En effet, au sens commun, tant la démarche que la conduite peuvent se définir comme des manières d'agir ou de se comporter, la communication quant à elle, peut être définie comme le fait de communiquer ainsi que son résultat. Selon ces définitions il s'agirait en fait de tout comportement positif ou négatif, toute action ou omission, la définition des pratiques commerciales donnée par la directive ressemblerait donc à un serpent se mordant la queue. Mais qu'en est-il d'un point de vue plus juridique ? Selon M. CORNU, la démarche renverrait à l'acte de démarchage qui serait lui-même défini comme un « comportement de démarche, (une) activité consistant à se rendre à domicile pour solliciter la conclusion d'un contrat »¹⁸⁵. La communication commerciale résiderait quant à elle dans le « fait de porter un événement ou un élément d'information à la connaissance d'une personne déterminée, d'un groupe intéressé ou du public », et par extension, « l'obligation d'informer le destinataire de la communication ou le droit pour celui-ci de prendre lui-même connaissance d'éléments mis à sa disposition »¹⁸⁶. Il en ressort que selon cette définition, il s'agirait de protéger le consommateur

181. S. FOURNIER, « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », Droit pénal n° 2, Février 2008, étude 4 ; S. FOURNIER, « Fasc. 10 : PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES », JurisClasseur Pénal des Affaires, 20 mars 2015.

182. Indication apposée sur l'objet : Cass. Crim., 15 mai 2001 : Bull. crim. 2001, n° 122 ; Dr. Pén. 2001, comm. 118, obs. ROBERT ; JCP G 2001, IV, 2426.

Sur son emballage : Cass. Crim., 3 septembre 2002, n° 01-86.760, F-D : Juris-Data n° 2002-015936.

Sur des documents commerciaux : Cass. Crim., 23 mars 1994 : Bull. crim. 1994, n° 114 ; Cass. Crim., 14 novembre 2000 : Dr. Pén. 2001, comm. 34, obs. ROBERT.

Lors d'une démonstration commerciale : Cass. Crim. 13 décembre 1982 : Bull. crim. 1982, n° 285.

Lors de lettres privées adressées à un client individualisé : Cass. Crim., 12 novembre 1986 : Bull. crim. 1986, n° 335 ; JCP G 1987, IV, 29.

183. Dir. 2005/29/CE, art.3 (1) : « La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit ».

184. S. FOURNIER, « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », op. cit.

185. G. CORNU, « Vocabulaire juridique », op. cit.

186. *Ibid.*

contre les commerçants-prospecteurs agissant soit par le biais du démarchage, soit par celui de la publicité. Cependant, le fait que cette définition, et que l'utilisation de ces termes, soit suivie par « y compris la publicité et le marketing » laisse à penser qu'il ne faut pas se limiter à ces deux agissements dont font office la publicité et le démarchage qui ne constituent eux-mêmes que deux actes de marketing.

68 Enfin, la directive précise que ces comportements doivent se trouver « en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ». Ici, la directive ne fait que rappeler que le comportement ne sera pris en compte que s'il intervient lors d'un des processus suivants :

- la promotion, pouvant être entendue comme la publicité avant vente ;
- la vente, renvoyant aux obligations reposant sur le professionnel avant, pendant et après conclusion du contrat ;
- ou enfin la fourniture, pouvant être entendue comme la livraison réalisée, en une fois ou plusieurs, mais aussi comme un rappel qu'il peut s'agir d'un bien ou d'un service qui lui ne fait pas l'objet d'une vente, mais d'une prestation ou d'une fourniture.

69 Finalement, cette définition semble englober toutes les « actions d'un professionnel destinées à conduire le consommateur à conclure un contrat »¹⁸⁷. Pourront ainsi être considérées comme pratiques commerciales, la proposition d'un crédit¹⁸⁸, une offre conjointe¹⁸⁹, une vente d'ordinateur pré-équipé de logiciels¹⁹⁰, une invitation à l'achat¹⁹¹, l'exploitation d'un nom de domaine¹⁹², [...], et ce, sans distinction selon la fréquence ou le nombre de consommateurs concernés par la pratique¹⁹³.

70 À l'inverse ne seront pas considérés comme des pratiques commerciales, les actes de « com-

187. Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK présentées à la CJUE le 29 novembre 2011, concernant l'affaire C-453/10 (15 mars 2012), *Jana Pereničová et Vladislav Perenič contre SOS financ spol. s r. o.*, §79s.

188. *Ibid.*

189. CJUE : aff. Jointes C-261/07 *VTB VAB NV C/ TOTAL BELGIUM NV*, et C-299/07 *GALATEA BVBA C/ SANOMA MAGAZINES BELGIUM NV*, 23 avril 2009, v. sous cet arrêt : G. RAYMOND, « Offre conjointe : une pratique commerciale déloyale », *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2009, comm. 183. ;

Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK présentées à la CJUE le 3 septembre 2009, concernant l'affaire C-304/08 *ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS EV C/ PLUS WARENHANDELS-GESELLSCHAFT MBH*, 14 janvier 2010 ;

Dans le secteur des télécommunications : CJUE, aff. C-522/08, du 11 mars 2010, *Telekomunikacja Polska SA w Warszawie contre Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, Rec. 2010 I-02079.

190. E. BAZIN, « La vente d'un ordinateur prééquipé de logiciels sans information sur ses principales caractéristiques constitue une pratique commerciale déloyale », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 45, 10 novembre 2011, 1787.

191. G. RAYMOND, « directive n° 2005/29 et pratiques commerciales déloyales », *Contrats Concurrence Consommation* n° 8, Août 2011, comm. 205 ; M. MEISTER, « Invitation à l'achat », *Europe* n° 7, Juillet 2011, comm. 266. Sous CJUE, 2^e ch. , C-122/10, 12 mai 2011, *KONSUMENTOMBUDSMANNEN C/ VING SVERIGE AB*.

192. J. LARRIEU, « Le stagiaire indélicat », *Propriété industrielle* n° 3, Mars 2011, comm. 27. Sous TGI Paris, 3^e ch., 2^e Sect., 29 octobre 2010, *SNCF C/ BENOIT M.*

193. CJUE, 15 avril 2015, *Demande de décision préjudicielle : Kúria - Hongrie*, aff. C-388/13, non encore publié(e) (Recueil général), consid. 44 sqq.

munication d'opinion » (ou *advocacy advertising*)¹⁹⁴. En effet, déjà sous le régime de la publicité, les magistrats évitaient de confondre les notions de publicité et d'information simple. Pour qualifier le message de publicitaire, la Cour de cassation française se fondait sur le mobile qui poussait l'auteur du message à s'exprimer. Ainsi, la publicité, bien que disposant d'une définition large, devait être limitée à « tout moyen destiné à permettre au client de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens qui lui sont proposés »¹⁹⁵. C'est donc cette distinction qui permettait au groupe LECLERC de ne pas se trouver condamné. En effet, les magistrats jugeaient que le message qu'il envoyait ne visait pas à promouvoir ses médicaments, puisqu'il ne pouvait pas les vendre, mais à en obtenir la possibilité¹⁹⁶. Cela étant, il est flagrant que la neutralité du message demeurait difficilement décelable. En effet, celui-ci faisait état d'une hausse des prix des médicaments de 36% sur 2006. Malgré cela, le BVP et le CSA ne s'étaient pas opposés à l'émission de ce message et constataient, le 4 avril 2008, l'absence de violation des règles applicables et d'élément susceptible de porter atteinte à l'image de l'industrie pharmaceutique ou à la profession de pharmacien. C'est pourquoi la société UNIVERS PHARMACIE et deux syndicats de pharmaciens ont décidé *a posteriori* d'assigner le groupe LECLERC pour publicité mensongère et dénigrante et ont obtenu du TGI de Colmar, statuant en référé, une ordonnance de cessation de la publicité. La difficulté reste que la Cour d'appel de Colmar, dans un arrêt du 7 mai 2008, refuse de donner cette dénomination de publicité au message en question. En effet, elle précise que « même dans leur rédaction résultant de la loi du 3 janvier 2008, les articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation ne s'appliquent qu'aux pratiques commerciales, et spécialement aux publicités, que dans la mesure où elles visent à promouvoir la vente d'un bien ou d'un service effectivement proposés sur le marché ; [...] tel n'est pas le cas de la campagne organisée par le Groupe Leclerc, qui vise à réclamer le droit de vendre des médicaments non remboursables, avec la précision explicite que cette vente est actuellement impossible dans les grandes surfaces, et suppose implicitement un changement de législation, actuellement bien hypothétique ; [...] plutôt qu'une publicité, la communication du Groupe LECLERC est constitutive d'une sorte de propagande en faveur d'un changement de législation ; [...] cette campagne valorise indirectement les activités de parapharmacie effectuées dans les magasins Leclerc, mais qu'une telle valorisation ne comprend pas d'éléments trompeurs précis »¹⁹⁷. Elle précise en outre que si tel était le cas, cela n'en ferait pas un acte illicite de manière automatique¹⁹⁸.

194. L. ARCELIN-LECUYER, « Campagne de Leclerc pour la distribution des médicaments non remboursés : ceci n'est pas une publicité... », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 50, 11 décembre 2008, 2499. Sous CA Colmar, 1^{re} ch. B, 7 mai 2008, *SA SC GALEC-GROUPEMENT D'ACHAT DES CENTRES LECLERC C/ SAS UNIVERS PHARMACIE*.

195. Cass. Crim., 14 octobre 1998, Bull. crim. 1998, n° 262 ; JCP G 1999, II, 10066, note CONTE.

196. J.-H. ROBERT, « La légitime promotion des drogues stores », Droit pénal n° 7, Juillet 2008, comm. 101. Sous CA Colmar, 7 mai 2008 : JurisData n° 2008-360713.

197. CA Colmar, 1^{re} ch. B, 7 mai 2008, *SA SC GALEC - Groupement d'achat des centres Leclerc C/ SAS Univers pharmacie*.

198. G. ROUSSET, « Publicité, médicaments et monopole : le débat est lancé », Recueil Dalloz, 2008, p. 1964.

71 Cela étant, il apparaît malheureux que l'arrêt base son raisonnement sur la notion de publicité alors qu'il fait référence à la rédaction du 3 janvier 2008 intégrant la législation de l'Union européenne sur les pratiques commerciales déloyales. Or, la notion de pratique commerciale se trouve d'évidence plus large que celle de publicité commerciale. En effet, cette dernière se retrouve englobée par la première tel que le montre la définition qui en est donnée par l'article 2.d. de la directive 2005/29/CE. Définition reprise par l'article L.121-1 du Code de la consommation français, qui affirme qu'une pratique commerciale apparaît trompeuse « lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur [...] l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ».

Ainsi, les notions de publicité, de pratique commerciale, mais aussi d'invitation à l'achat, possèdent un dénominateur commun consistant en leur caractère informatif. Or, ce qui semble les distinguer résiderait dans la précision de l'information, celle-ci devant se trouver de plus en plus précise pour caractériser la pratique de commerciale, puis de publicité, et enfin d'invitation à l'achat¹⁹⁹.

Il s'agissait alors de se demander si la communication employée par LECLERC n'était pas « en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ». Étant précisé que la directive « ne s'applique pas aux pratiques commerciales mises en œuvre principalement à d'autres fins, parmi lesquelles figurent par exemple les communications commerciales destinées aux investisseurs, telles que les rapports annuels et la documentation promotionnelle des entreprises »²⁰⁰.

72 Communément, la communication d'opinion est présentée comme une technique qui consiste à utiliser les médias pour influencer l'opinion générale dans le sens le plus favorable à l'entreprise²⁰¹. En ce sens, elle représenterait le pendant du *lobbying* et alors que ce dernier viserait les pouvoirs publics afin, par exemple, de faire changer une législation peu favorable à l'entreprise, la communication d'opinion détiendrait pour point de mire l'opinion publique et donc *in fine* les consommateurs. Cette vision extensive permettrait donc de qualifier une telle communication de pratique commerciale et permettrait en outre d'englober les différentes techniques marketing qui apparaissent et se développent à l'heure du monde relié par Internet.

Cela viendrait en outre au secours de la Cour d'appel de Colmar qui a semblé statuer en confondant applicabilité et application, c'est-à-dire en refusant de qualifier la pratique de publicité et donc en considérant que la législation n'avait pas à s'appliquer, mais en l'appliquant pour se fonder sur l'absence de tromperie. Celle-ci en est venue de manière précipitée au dernier point à évoquer, qui consiste à savoir si cette pratique commerciale, car il y a pratique commerciale, peut être qualifiée de trompeuse, ou *a minima* de déloyale. En effet, l'autre point de désaccord entre le TGI et la Cour d'appel repose sur l'existence d'une forme de dénigrement.

199. L. ARCELIN-LECUYER, « Campagne de Leclerc pour la distribution des médicaments non remboursés : ceci n'est pas une publicité... », op. cit.

200. Directive 2005/29/CE, considérant 7.

201. PH. BOISTEL, La perception de la communication d'opinion. Analyse de la campagne d'opinion de Leclerc sur le pouvoir d'achat, http://www.escp-eap.net/conferences/marketing/2008_cp/Materiali/Paper/Fr/Boistel.pdf

Alors que le juge des référés constate un dénigrement du fait de l'utilisation d'informations simplistes et réductrices, la Cour d'appel constate, quant à elle, d'une part que la hausse des prix est avérée, et d'autre part qu'« attribuer cette hausse aux seuls titulaires d'officines serait probablement inexact, mais dans une mesure qui reste cependant à préciser ». Elle semble donc se ranger derrière les arguments du GALEC et penser que cette situation monopolistique des officines se trouve en partie responsable de la hausse des prix. Elle conçoit en outre que « l'image d'une parure faite de pilules et de gélules est sans doute d'une ironie un peu agressive », mais précise « qu'elle ne dépasse pas manifestement les limites de ce qui est permis en matière d'expression humoristique ». La Cour démontre ainsi, d'une part que l'humour est pris en considération par les juridictions²⁰², et d'autre part, que la liberté d'expression, qui protège aussi la communication commerciale, doit trouver application face à des cas de ce type²⁰³. Et enfin elle précise que si dénigrement il y avait, celui-ci ne pourrait pas être constitutif de concurrence déloyale puisqu'il n'y a pas de situation de concurrence entre le groupe LECLERC et les officines pharmaceutiques, semblant ainsi ignorer les développements récents de la jurisprudence en la matière qui font fi de la nécessité de situation de concurrence, considérant que la seule faute suffit²⁰⁴.

- 73 Enfin, la directive rappelle qu'elle ne se limite pas aux pratiques visant la commercialisation de biens, mais qu'elle trouvera application lors de prestation de service. Pour cela, les rédacteurs se sont attachés à ne pas opérer de *distinguo* entre les deux notions et à parler indifféremment de produits.

202. V. comp. Cass. Com., 30 janvier 2007, *Sté Orangina Schweppes Holding* : Propr. Industr. 2007, comm. 34. CA Paris, 16 novembre 2005, *Esso* : Propr. Industr. 2006, comm. 4, TREFIGNY.

203. Comp. : Cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008, n° 07-11.251, SPCEA : JurisData n° 2008-043507. Cass. Com., 8 avril 2008, n° 06-10.961, *Esso* : JurisData n° 2008-043528.

204. Cass. Com. 21 novembre 2000, RJDA 2001, n° 248, V. Mémento pratique F. Lefebvre, Concurrence-Consommation 2007-2008, n° 707.

Cass. Com., 20 novembre 2007, n° 05-15.643, *X. c/ Y. et FNAIM* : Propr. Industr. 2008, comm. 71, J. LARRIEU.

Cass. Com., 12 février 2008, n° 06-17.501, *Sté La Ferrière* : JurisData n° 2008-042743 ; D.2008, p. 2573, Y. PICOD.

Section 3 La notion de produit.

74 La directive entend par produit « tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations »²⁰⁵. Ici encore la notion demeure relativement large puisque pourront tomber sous le coup de la directive les pratiques visant le commerce de biens, que ceux-ci soient mobiliers ou immobiliers, de services, de droits ou encore d'obligations. En somme, toutes les choses faisant partie du commerce au sens de l'article 1128 du Code civil²⁰⁶ sont prises en considération par cette directive. Cela étant, il est difficilement compréhensible que le législateur se soit tant attaché à cette notion de produit. En effet, selon le sens commun ainsi que le sens juridique, un produit n'est autre que le fruit d'une chose ou encore peut-il être admis qu'il s'agisse d'un produit au sens de la responsabilité du fait des produits défectueux²⁰⁷. En tout état de cause le produit comme entendu en France constituera un bien ou encore une chose, la notion de produit se révélant donc bien moins large que celle voulue par les législateurs européens. Il faut de plus préciser que cela ne s'explique pas non plus par l'utilisation de la langue de prédilection européenne. En effet, l'anglais connaît lui aussi la distinction entre un bien, *a good*, et un service, *a service*²⁰⁸. En outre, la notion de *product* tendra vers la même solution c'est-à-dire le produit du sens commun, le produit d'une chose. Enfin, de la même manière en Espagne, tel que le montre l'article 6 du décret royal du 16 novembre 2007, peut être qualifié de produit, tout bien qualifié de meuble au visa de l'article 335 du Code civil²⁰⁹.

75 Cependant, il semble que cette notion de produit vienne trouver son origine dans la Pratique commerciale. En effet, il est d'usage de dire que les commerçants créent des produits, on entendra notamment parler de « produits financiers » qui eux n'entrent pas dans les définitions préalablement soulevées. Il semble donc qu'il faille retenir cette solution quant à la définition du produit. Malgré tout, il est regrettable que le législateur européen ne se soit pas gardé de créer un nouveau concept alors qu'il existe déjà des mots désignant ces « produits ». Cela étant, il est vrai que l'on aurait pu parler en France de chose du commerce, mais cette notion de chose qui ne trouve que « *thing* » comme traduction dans la langue de Shakespeare serait encore une fois associée au seul bien, cette rédaction, se trouve donc compréhensible dans le but d'éviter

205. Dir. 2005/29/CE, art.2 d.

206. C.Civ. art. 1128 : « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions »

207. V. C.Civ. art. 1386-1.

208. V. en ce sens la définition de *product* donnée par la directive sous la rédaction anglaise : « « *product* » mean any goods or service including immovable property, rights and obligation. »

209. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Artículo 6. Concepto de producto :

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil.

Código Civil, Artículo 335 :

Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.

toute lourdeur ou ambiguïté dans la rédaction de la directive. En outre, cela est d'autant plus excusable que directive 2005/29/CE s'est attachée à définir la notion de produit dans un article prévu à cet effet.

En effet, l'article 2 de cette dernière précise que devront être considérés comme des produits, « tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations ».

- 76** Après cette première étude du champ d'application *ratione materiae*, il semble que la directive trouve à s'appliquer à toutes pratiques ayant lieu avant, pendant, ou après une transaction relative à une chose du commerce. Si l'on s'en tenait à cette lecture, les pratiques commerciales déloyales viendraient se confondre avec les actes de concurrence déloyale. Or, la directive se déclare comme objectif premier de protéger les consommateurs afin de leur donner une confiance accrue dans le marché européen. Elle s'est donc attachée à limiter son champ d'application aux comportements des entreprises vis-à-vis des consommateurs.

Chapitre 2 Le champ d'application *ratione personae*.

77 Ici encore, il importe de se tourner vers la définition apportée par la directive des pratiques commerciales. En effet, celle-ci traite non pas des pratiques commerciales en tant que telles, mais des « pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs »²¹⁰. La définition laisse donc suggérer qu'elle ne devra être appliquée qu'aux seuls rapports entre entreprise et consommateur²¹¹. Or, même si elle protège expressément les intérêts économiques des consommateurs, « elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne »²¹². Il s'agit alors d'une vision moderne du droit de la consommation comme s'insérant dans un droit plus large pouvant être qualifié de droit du marché ou droit économique. Il n'y aurait donc plus de différence à effectuer entre le droit de la consommation, celui de la concurrence et donc encore moins entre les différentes branches du droit de la concurrence, le marché pouvant être vu comme une horloge dont chacun de ces droits demeure nécessaire au même titre que des engrenages. Pourquoi alors continuer à distinguer le consommateur du professionnel ou de l'entreprise comme en l'espèce ?

78 Il faut tout d'abord noter que l'harmonisation totale de la directive porte sur la protection des consommateurs. Il est donc loisible aux États d'élargir cette protection aux concurrents. D'ailleurs, tant l'Espagne²¹³ que l'Allemagne²¹⁴ ont inséré ces protections dans les lois relatives à la concurrence déloyale. Il paraît donc certain que cette protection sera accordée tant aux consommateurs auxquels seront adressées les pratiques commerciales qu'aux professionnels loyaux auxquels la déloyauté aurait causé un préjudice²¹⁵. De la même manière, bien que ces dispositions aient été introduites en France au sein du corpus de droit de la consommation, ces lois pourront profiter aux concurrents loyaux sous le visa des articles 1382 et suivant du Code civil, régissant si ce n'est la concurrence déloyale, du moins la responsabilité civile délictuelle.

De plus, la définition de la notion de consommateur pose elle-même de grandes difficultés, il existe de nombreuses distinctions pouvant être effectuées au sein des consommateurs selon

210. Dir. 2005/29/CE, art.2 d.

211. Par la suite abrégé en B2C pour *business to consumer* ;

v. not. Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK présentées à la CJUE le 3 septembre 2009, concernant l'affaire C-304/08 *ZENTRALE ZUR BEKÄMPFUNG UNLAUTEREN WETTBEWERBS EV C/ PLUS WAREN-HANDELSGESELLSCHAFT MBH*, 14 janvier 2010, §63s.

212. Dir 2005/29/CE, Considérant 8 ; V. aussi, Section deux du présent chapitre.

213. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

214. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), das durch Artikel 6 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3714) geändert worden ist

215. Voir en ce sens : pour l'Espagne, l'article 1 de la loi de concurrence déloyale tel que modifié par la loi 29/2009 : « *Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad* ».

Pour l'Allemagne, la section 1 de la loi de concurrence déloyale : « *Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb* ».

que l'on retienne une conception large ou étroite de ces derniers. En outre, lorsque la pratique commerciale sera exercée pour modifier le comportement du consommateur par l'emploi de moyens déloyaux, ce seront indirectement les concurrents loyaux qui feront office de victimes collatérales et finales de ces pratiques (Section 2)²¹⁶.

Quant aux auteurs de pratiques commerciales déloyales, la directive n'a retenu que les entreprises ; or le droit de la concurrence déloyale, auquel doit être rattachée cette directive, a mis en exergue la présence d'auteurs autres que les concurrents et donc que les entreprises. Il semble donc qu'il ne pourra pas en être autrement concernant les pratiques commerciales (Section 1)²¹⁷.

216. p. 69 sqq.

217. p. 64 sqq.

Section 1 L'entreprise (ou professionnel) auteur exclusif.

79 Traditionnellement, le droit a pour tendance d'opposer le consommateur au professionnel ; or *a priori*, en l'espèce, la notion choisie n'est pas celle de professionnel, mais bien celle d'entreprise. En effet, tel que son intitulé l'indique, la présente directive est « relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs ». Bien que les notions semblent similaires, il en est en réalité tout autrement, il apparaît donc malheureux que par la suite, la directive en opère le mélange. En effet, dans sa définition des pratiques commerciales, celle-ci se réfère au professionnel ; de plus, elle donne dans son article 2.b, la définition de ce professionnel, il semble donc que le législateur européen utilise sans distinction les notions de professionnel et d'entreprise. En effet, les entreprises des articles 3.1 et 2.d et les professionnels de l'article 2.b semblent être utilisés comme notions équivalentes²¹⁸.

80 Le professionnel est défini dans la présente directive comme « toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom et pour le compte d'un professionnel »²¹⁹. Cette définition s'approche de celle retenue depuis la directive 93/CEE du 5 avril 1993 selon laquelle, par opposition au consommateur le professionnel serait « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats de vente ou de prestation de services, agit dans le cadre de son activité professionnelle privée ou publique »²²⁰. Il s'agira donc d'une personne physique ou morale effectuant une des pratiques commerciales de la directive 2005/29/CE, c'est-à-dire qu'il s'agit de toute personne effectuant l'une quelconque des pratiques commerciales visées.

81 La précision vient du fait que cette pratique doit servir « son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Deux lectures peuvent être opérées de cette mention :

- soit, il s'agit de toute activité qui serait exercée à des fins de production ou de commercialisation d'un produit. Dans ce cas, il s'agirait d'activités réalisées dans le but de réaliser un profit, ce qui exclurait les pratiques de certaines associations, notamment les associations de protection des consommateurs, agissant dans un but autre que celle de réaliser un profit. Par exemple, le dénigrement, émanant d'une association de protection des consommateurs, dans le but d'avertir ces derniers, et non de proposer un produit alternatif, n'entrerait donc pas dans le domaine de la présente directive ;
- soit, il s'agit de toute activité exercée par les personnes visées auparavant. En effet, la ponctuation de la phrase laisse à penser que cette solution soit celle à retenir, cette position s'impose d'autant plus lors d'une lecture comparative de la version française à version

218. J. MASSAGUER, « El nuevo derecho contra la competencia desleal ; La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales. », Thomson Civitas, 2006.

219. Dir 2005/29/CE, art. 2 (b).

220. G. CORNU, « Vocabulaire juridique », op. cit.

anglaise de la directive²²¹. En effet, la directive dans sa version anglaise exploite une vision mixte, tout d'abord, elle ne se réfère pas au professionnel (le *professional*), mais au *trader*²²² (le marchand, ou négociant) ce qui se trouve être très restrictif, puis elle définit l'action de celui-ci comme celle qui entre dans le cadre de sa profession (*his trade*), de ses affaires (*business*), de son art artisanal (*craft*) ou libéral (*profession*). En étudiant donc la version française à l'aune de cette version, il est possible d'admettre que la présente directive vise les professionnels qui agissent à des fins entrants dans le cadre de leur profession, leurs affaires, leur art : que celui-ci soit artisanal ou libéral.

- 82 Peuvent donc faire office d'entreprise, toute personne, physique ou morale engagée dans une activité économique ou commerciale²²³, sans qu'il soit nécessaire d'analyser son statut légal (qu'il s'agisse d'une personne de droit public ou de droit privé²²⁴), ou son mode de financement (association ou organisme de charité)²²⁵. À ce titre, le statut du particulier effectuant des pratiques ou actes commerciaux n'est pas clair, il semble de prime abord qu'il ne devrait pas être inclus puisque ne jouant pas le rôle d'un professionnel au sens traditionnel du terme²²⁶. Cela étant, la jurisprudence française admettait avant cette directive la condamnation d'un particulier publiant une annonce mensongère²²⁷, en outre, par pragmatisme, il se peut que celui-ci soit soumis au régime de cette directive s'il s'avère que cette position dissimule en réalité une situation de vendeur « professionnel ». Enfin, sont assimilés aux professionnels, ceux qui agissent au nom et pour le compte d'un professionnel, c'est-à-dire les mandataires ; cela dit, il est possible de donner cette même définition aux préposés du professionnel, ce qui renvoie en droit français à la responsabilité du fait de ses préposés²²⁸. La jurisprudence devra donc être suivie pour étudier si le préposé peut être reconnu responsable d'une telle pratique. En outre, cette précision montre un lien fort entre la protection offerte par la directive et la réglementation de la concurrence déloyale. En effet, lorsqu'un éditeur de presse fera indirectement la promotion de produit au profit d'entreprises au nom desquelles il n'agit pas, celui-ci ne pourra pas être poursuivi par ses concurrents pour pratique commerciale déloyale²²⁹.

221. Le *trader* est défini comme « *any natural or legal person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession and anyone acting in the name of or on behalf of a trader* ».

222. Il en va de même pour la version espagnole qui retient la notion de *comerciante* (commerçant), ou la version allemande qui retient la notion de *Gewerbetreibender* (commerçant).

223. B. KEIRSBILCK, *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, op. cit.

224. CJUE, 3 octobre 2013, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, aff. C-59/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général).

225. B. KEIRSBILCK, *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, op. cit.

226. Il s'agirait en effet d'une pratique C2C et non B2C tel qu'encadrée par la directive.

227. Cass. Crim., 24 mars 1987 : JCP G 1988, II, 21017, note HEIDSIECK ;

CA Paris 13^e ch. A, 9 juillet 1984 : Gaz. Pal. 1985, 1, jurispr. P. 151 ;

CA Paris, 13^e ch. B, 12 décembre 1984 : Gaz. Pal. 1985, 1, jurispr. P.134, note MARCHI.

228. V. art. 1384 C.Civ.

229. CJUE, 17 octobre 2013, *RLvS Verlagsgesellschaft mbH contre Stuttgarter Wochenblatt GmbH*, aff. C-391/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général).

En tout état de cause, si le particulier ne pouvait pas être rendu coupable sur le fondement de la directive, sa sanction continuera sur le fondement de l'article L.121-1 du code de la consommation qui avant la transposition de la directive reconnaissait déjà une sanction des annonceurs non professionnels²³⁰. En effet, la directive prend part à une harmonisation maximale concernant la protection des consommateurs face à des pratiques commerciales déloyales provenant de professionnels. Mais de telles dispositions n'excluent ni le fait que la protection puisse être élargie à la protection des concurrents, ni à la sanction des particuliers. Un tel élargissement serait exorbitant du champ de l'application de la directive et alors resterait objet de compétence des législateurs et juridictions nationales. C'est alors en ce sens que la Haute juridiction française a pu exprimer qu'il y avait en réalité continuité d'incrimination entre l'ancienne rédaction de l'article concernant la publicité trompeuse et la nouvelle concernant les pratiques commerciales trompeuses²³¹.

- 83** Cela permettrait alors de renforcer la législation face au développement de l'utilisation des avis de consommateurs comme moyens marketing. En effet, dans un contexte d'inflation publicitaire, le consommateur est devenu de plus en plus indifférent voir méfiant vis-à-vis des messages publicitaires traditionnels, se dirigeant davantage vers les avis d'autres consommateurs afin d'obtenir une description plus crédible du produit ou de l'entreprise²³².

C'est ainsi que les professionnels du marketing ont désiré transmettre leur message publicitaire à travers les commentaires d'utilisateurs. La difficulté qui se présente pour ces derniers est alors que si le consommateur donnait son avis en se présentant comme étant sponsorisé, le message perdra en crédibilité, et à l'inverse cacher un tel sponsoring est considéré comme trompeur vis-à-vis des consommateurs²³³.

230. Voir notamment, Cass. Crim., 27 mars 1996, Bull. crim. n° 139 ; D.1996. IR 168 ; BID 1996, n° 12, p.21 ; RSC 1997. 122, note GIUDICELLI.

231. Voir en ce sens, notamment, Crim., 24 mars 2009, RTD com. 2009. 637, obs. BOULOC ; JCP E 2009, n° 26, p. 24, note ROBERT ; CCC 2009, n° 235, obs. RAYMOND ; Dr. pénal 2009, n° 84, obs. ROBERT.

232. Avis du CEP, 25 novembre 2011 : « L'essor d'Internet a multiplié les sources d'information en offrant, en particulier, des espaces de discussion critiques des marques et des produits : forums, réseaux sociaux, blogs, tests de produits, avis de consommateurs, etc.. 78% des consommateurs se fient volontiers aux recommandations d'autres consommateurs et 52% d'entre eux affirment qu'un blog a joué un rôle dans leur acte d'achat. Selon une enquête CRÉDOC/eBay de mars 2009, 45% des internautes considèrent l'Internet comme un moyen de disposer de plus de pouvoir face aux marques, et cette proportion monte à 57% chez ceux qui recherchent des avis de consommateurs sur la toile. 62% des internautes déclarent avoir déjà renoncé à acheter un produit ou une marque après avoir pris connaissance de l'avis d'internautes ».

233. Voir Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale, art. 9 : « Une communication destinée à promouvoir la vente d'un produit ne doit donc pas être présentée comme une étude de marché, une enquête de consommation, un contenu généré par les utilisateurs, un blog privé ou un avis indépendant » ;

Ou encore, loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), art.20 : « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée » ;

Ou enfin, C.Conso, art L. 121-1-1 11° qui interdit les pratiques commerciales qui ont pour objet « d'utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur ».

Il est par ailleurs intéressant ici de soulever les cas (parmi d'autres) des blogs créés par les entreprises VICHY ou SONY. Ainsi, en 2005, VICHY avait publié un blog, censé être tenu par une blogueuse, intitulé « *Le journal de ma peau* », mais ce dernier avait vite été démasqué comme étant l'œuvre de la marque qui avait été obligée de s'excuser à peine un mois après sa publication. Deux remarques peuvent alors être apportées : tout d'abord, le procédé marketing avait été, comme affirmé plus tôt, considéré par la blogosphère et les consommateurs en général comme étant trompeur et indésirable²³⁴, et d'autre part il n'avait pas été nécessaire qu'une quelconque action soit menée et la marque s'était excusée d'elle-même d'un procédé qui continu aujourd'hui d'être qualifié sur Internet de « *bad-buzz* », c'est-à-dire de stratégie de communication ayant largement échoué et étant perçue de manière négative. Le même destin avait été connu par le géant SONY et son *flog*²³⁵ « *AllIWantForXmasIsAPSP* » en 2006²³⁶.

- 84 Parallèlement, ont été mis en place des services de partage d'avis de consommateurs sur Internet transformant les simples avis qui étaient avant échangés de bouche à oreille en de réelles publications internationales pouvant gravement nuire à la réputation des entreprises commentées.

En ce sens, l'entreprise YELP ! a fait face à de nombreuses critiques et récemment encore, des demandes l'accusant d'extorsion de fonds dans le but d'afficher des commentaires positifs ont été rejetées. En effet, la neuvième circonscription de la Cour d'appel Fédérale a considéré que les preuves d'une extorsion civile n'étaient pas apportées, le mécanisme de tri des avis étant automatique et affectant de la même manière les avis positifs que négatifs²³⁷.

En effet, s'il est primordial de garantir aux consommateurs un droit à l'évaluation publique des produits et services consommés²³⁸, il est nécessaire que ceux-ci ne fassent pas preuve de mauvaise-foi²³⁹. Et bien que les propos des consommateurs ne soient pas considérés par la directive qui ne voit le consommateur que comme un acteur destinataire, il semble qu'il serait

Ce dernier reprend la pratique n° 11 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE, voir n° 209.

234. Voir not. International Excellence (dir.), France Vichy Cosmetics : Blog or not to blog ?, 2008, http://openmultimedia.ie.edu/openproducts/vichy_i/vichy_i/entrada4.html. Consulté le 10 novembre 2014.

235. Pour *fake blog*.

236. Voir not. Graft Kris, « Sony Screws Up », BusinessWeek : innovation and design, 19 décembre 2006, <http://www.businessweek.com/stories/2006-12-19/sony-screws-upbusinessweek-business-news-stock-market-and-financial-advice>. Consulté le 10 novembre 2014.

237. *Levitt v. Yelp! Inc.*, No. 11-17676 (9th Cir. 2014)

238. Voir notamment, Assembly Bill No. 2365, chapter 308, approuvé par le gouverneur de Californie le 9 septembre 2014 qui interdit toute clause contractuelle limitant le droit de critique du consommateur.

Mais aussi les lois dites anti-SLAPP intégrées au droit de 28 États des USA tels que le Maryland ou encore le District de Columbia qui permettent d'agir contre les professionnels menaçant les consommateurs qui déposeraient des avis négatifs.

HILL R. et BEAN, KINNEY & KORMAN, PC, « Small Businesses : Responding to and Resolving Scathing (or False) Online Reviews », JD Supra, 4 mars 2015. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/small-businesses-responding-to-and-reso-61335/>.

SLAPP pour *Strategic Lawsuit Against Public Participation*.

239. À ce titre, certains États américains tels que la Virginie offre des moyens de permettre l'identification des avis anonymes : Va. Code § 8.01-407 ;

pertinent de l'étudier également comme émetteur. Ici les régimes de dénigrement et de diffamation existant tant dans les droits issus de la *common law* que dans ceux de droit civil peuvent apporter quelques éléments de réponse²⁴⁰.

D'ailleurs, un premier pas vers la considération de ces avis a été franchi par l'autorité de la concurrence italienne qui le 22 décembre 2014 a condamné le site d'avis communautaire TRIPADVISOR à une amende de 500000 euros pour ne pas avoir été capable de prouver avec certitude que les avis publiés étaient vrais et dignes de confiance²⁴¹. Elle précise en outre que le statut d'hébergeur ne s'applique pas ici puisque le classement par avis est central à la plateforme. Il ne s'agit alors pas encore de contrôler les avis des consommateurs, mais de vouloir un contrôle par les sites communautaires de la source et de la qualité des messages publiés afin d'éviter que ne se glissent parmi eux des messages issus, même médiatement, de professionnels.

Cette solution met donc en danger les pratiques de présentation d'avis sur des produits dissimulant en réalité des pratiques publicitaires qui par ce caractère dissimulé sont susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement de la directive 2005/29/CE et notamment de la pratique n° 11 de l'annexe 1.

Cette crainte se retrouve aux États-Unis où le géant YELP ! prenant les devants a choisi d'attaquer HERZSTOCK qui propose aux professionnels des services leur permettant d'obtenir des avis favorables sur les sites communautaires²⁴². De la même manière, la société AMAZON a agi contre le dépôt d'avis rémunérés sur sa plateforme de vente en ligne.²⁴³

- 85 Le champ d'application de la directive étant maintenant défini, il est possible d'approfondir l'étude de la directive par l'appréhension de son champ d'interdiction. En effet, au même titre que ce n'est pas la concurrence en elle-même qui est interdite, mais la concurrence déloyale, il apparaît ici que ce ne sont pas les pratiques commerciales qui le sont, mais bel et bien les pratiques commerciales déloyales.

HILL R. et BEAN, KINNEY & KORMAN, PC, « Small Businesses : Responding to and Resolving Scathing (or False) Online Reviews », op. cit.

Pouvoir qui est cependant limité et accordé de manière restrictive. Voir en ce sens la décision de la Cour suprême de Virginie affirmant qu'il est impossible d'ordonner une telle divulgation à une entreprise se situant sur un autre État, en l'occurrence l'entreprise YELP ! située en Californie : *Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning*, Record N° 140242 (Va. 16 avril 2015).

240. Voir V° Diffamation, et not., n°s 395 sqq..

241. AGCM, PS9345, disponible sur : <http://www.agcm.it/stampa/comunicati/7365-ps9345-mezzo-milione-di-multa-a-tripadvisor.html>.

242. Recours n° 3 :15-cv-00693, déposé devant la *district court* de Californie du Nord le 13 février 2015.

243. Voir *Amazon v. Gentile and ors.*, King County Superior Court, case number 15-2-08579-4 SEA (enregistrée le 15 avril 2015).

Section 2 La multiplicité de victimes.

- 86 « La présente directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes »²⁴⁴.

Tel qu'elle l'indique en son considérant six, la directive vise à interdire les pratiques commerciales déloyales portant directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs. Cependant, elle ne s'interdit pas de s'imposer lorsque les intérêts économiques des concurrents légitimes sont atteints. Ce faisant, lorsque des pratiques commerciales feront montre de déloyauté vis-à-vis de consommateurs, la directive pourra être employée afin de protéger d'une part les consommateurs visés par les pratiques commerciales déloyales (§1)²⁴⁵, mais également, les concurrents qualifiés de légitimes par la directive (§2)²⁴⁶.

§1 Le consommateur victime directe.

- 87 Le droit européen, ainsi que le droit de la consommation en général, ont pour habitude d'opposer le professionnel au consommateur²⁴⁷. L'un étant homme de l'art et agissant dans le cadre de son activité professionnelle, et l'autre *a contrario* devant donc être par déduction un profane agissant dans le cadre de sa vie personnelle et pour un usage personnel²⁴⁸. Cependant, la réalité ne se trouve pas si facile et a créé de nombreuses oppositions tant doctrinales que jurisprudentielles pour finalement que soit créé un régime multiple. Pour les économistes, la consommation est considérée comme l'étape ultime du processus économique, le consommateur tenant lieu de dernier maillon de la chaîne du marché. Ainsi il faut distinguer la production et éventuellement la transformation, de la vente puis finalement de la consommation. Mais ceci n'apporte pas une grande aide lorsqu'il faut qualifier une personne de consommateur ou non. Une nécessité est donc apparue : celle de distinguer entre les consommateurs pour lesquels il n'y a pas de doute, ceux-là seront qualifiés de *stricto sensu* (I), et les personnes pouvant être des consommateurs selon une définition plus ou moins large (II). En tout état de cause, et, quelle que soit la définition retenue par la directive, celle-ci précise que ce consommateur de référence devra-t-être le consommateur moyen au sein du groupe auquel il appartient (III)

244. Directive 2005/29/CE, consid. 6.

245. p. 69 sqq.

246. p. 79 sqq.

247. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, 9^e éd, Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé).

248. G. CORNU, « Vocabulaire juridique », PUF.

I La notion de consommateur *stricto sensu* .

88 Traditionnellement, la doctrine française définissait le consommateur comme « la personne physique ou morale qui se procure ou utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel »²⁴⁹. Cette définition paraissait d'autant plus pertinente que sans s'en tenir à la personne qui utilise le bien, elle élargissait son champ d'action à celle qui se procure le bien. En effet, toutes les personnes qui se procurent un bien ne l'utiliseront pas, sans entrer dans des considérations d'analyse de la société de consommation, il apparaît évident que certaines personnes se procureront, ou achèteront un bien, pour qu'il soit utilisé par autrui, il s'agira par exemple du présent offert à un membre de sa famille. Ici, il y aura donc deux consommateurs, celui qui consomme le bien, c'est-à-dire l'utilisateur, donc le consommateur au sens le plus strict ; mais aussi celui qui a acheté le bien, celui qui s'est engagé dans un contrat de consommation. Cette personne, ou plutôt devrait-on dire ces personnes, seront soit physiques, soit morales. En effet, bien que certains textes tant européens que nationaux ne sont réservés qu'aux personnes physiques, il n'est pas exclu qu'une personne morale agissant à des fins non professionnelles ne puisse être considérée comme un consommateur²⁵⁰. Le critère essentiel de qualification du consommateur n'était donc pas la qualité de la personne, qu'elle soit physique ou morale, ni l'objet de la consommation, qu'il s'agisse d'un bien, d'un service, ou encore d'un produit tel que la présente directive propose, mais l'utilisation ou l'acquisition dans un but non professionnel. À ce titre, il semble que la protection était issue d'une volonté des législateurs de protéger le consommateur profane vis-à-vis d'un professionnel qui jouait le plus souvent le rôle de co-contractant.

Bien sûr, il existe des consommateurs plus profanes que d'autres, mais le droit de la consommation n'opère pas de distinction et il appartiendra donc au commerçant d'être tout aussi diligent dans tous les cas de figure.

89 Quant au droit de l'Union européenne, alors qu'il prévoit au travers de son traité central que l'une des finalités de l'Union est d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs²⁵¹, ne précise pas les destinataires de cette protection. Cela dit, les instances européennes précisaient déjà en 1975 que « le consommateur n'est plus considéré seulement comme un ache-

249. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, « Droit de la consommation », op. cit., ainsi que le souligne l'auteur, « cette définition reprend celle qui avait été proposée par la commission de refonte du droit de la consommation (Proposition pour un code de la consommation, La documentation française 1990, art.3).

Cette édition est citée, car la nouvelle édition, ayant intégré la Loi Hamon, ne propose plus de définition. [CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, 9^e éd, Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé)].

Elle reste proche de celle qui figure dans plusieurs directives européennes. Des définitions voisines sont proposées par G. CORNU : « tout acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel » op. cit. ; par J. GHESTIN : « la personne qui, pour des besoins personnels, non professionnels, devient partie à un contrat de fourniture de biens ou de services » (La formation du contrat, LGDJ 1993, n° 77).

250. Paris, 13 novembre 1997 (D. 1998.IR.11) s'agissant d'un syndicat de copropriété. Paris, 5 juillet 1991 (JCP, éd. E. 1991.Pan.988) s'agissant d'un parti politique. *A contrario* Paris, 3 juillet 1998 (D. 1999.J.249) refusant une telle qualité à un syndicat intercommunal pour le traitement des ordures ménagères.

251. Art. 169 TFUE.

teur et un utilisateur de biens et de services pour un usage personnel, familial ou collectif, mais comme une personne concernée par les différents aspects de la vie sociale qui peuvent directement ou indirectement l'affecter en tant que consommateur »²⁵². Celui-ci ne devait donc pas être considéré de manière uniquement technique, comme un simple acheteur ou utilisateur d'un bien, mais plutôt en tant qu'élément d'un système socio-économique dont la fonction est liée à de multiples facteurs²⁵³. Cette définition multifactorielle créatrice d'une notion plurielle des consommateurs explique qu'une même personne ne sera pas toujours considérée comme un consommateur selon la différence d'intérêt protégé. Ce sera donc à chaque disposition législative, selon la finalité poursuivie de fixer les limites de la catégorisation du consommateur.

- 90 Ainsi, la directive 2005/29/CE a retenu une définition d'autant plus stricte du consommateur qu'elle le désigne comme « toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »²⁵⁴. Seront donc exclues les personnes morales même si celles-ci ne se livrent à aucune activité professionnelle ou économique. Cette exclusion peut donc paraître excessive²⁵⁵, mais elle répond à une logique de constance dans les documents de la Communauté européenne²⁵⁶.

D'ailleurs, c'est finalement une définition proche dans ses termes, mais identique dans son fond qui a été retenue par le législateur français. Ainsi, la loi dite HAMON a souhaité que le consommateur soit défini au sens du Code de la consommation comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »²⁵⁷. Il n'y aura alors pas de difficultés quant à la définition du consommateur ou quant à la conformité de cette définition avec celle issue de la directive puisque dans les deux cas seront exclues les personnes morales, mais également les personnes physiques qui agiraient à des fins qui entreraient dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, enfin bien sûr, le consommateur considéré par la directive 2005/29/CE sera celui qui sera soumis à l'une des pratiques pouvant être qualifiées de déloyales.

En d'autres termes, sera consommateur la personne physique qui agira dans un but non professionnel, c'est-à-dire pour un usage personnel ou familial.

252. Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, Journal officiel n° C 092 du 25/04/1975.

253. C. VASSILI et F. PICOD, « Consommateurs », Répertoire de droit communautaire, Dalloz, janvier 2012, 95 et sqq.

254. Dir 2005/29/CE, art. 2.a.

255. G. PAISANT, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. - Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », La Semaine Juridique Édition Générale n° 9, 25 février 2009, I 118.

256. M. LUBY, « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance. », Contrats, conc. consom., 2000, Chron. 1.

257. Code de la consommation, art. prelim. issu de l'art. 3 de la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

Cependant, bien que le législateur de 2014 ait défini le consommateur et donc *a priori* permis de régler une fois pour toutes les divergences quant à la définition de cette notion, il a laissé subsister certaines divergences²⁵⁸.

Ainsi, l'article L.121-16-1 du Code de la consommation, en matière de contrats conclus hors établissement, étend la protection aux professionnels lorsque le contrat n'entre pas dans le cadre de leur « activité principale ».

De la même manière, la jurisprudence permet d'élargir certaines protections, originellement offertes aux consommateurs, aux non professionnels.

Ainsi en est-il notamment de la protection contre les clauses abusives²⁵⁹.

D'ailleurs, cet élargissement a été repris par le législateur concernant la reconduction des contrats²⁶⁰.

II L'élargissement possible de la notion de consommateur .

91 Outre l'acceptation de la personne morale ne se livrant à aucune activité économique ou professionnelle comme consommateur, qui semble aller de soi lorsque l'on parle de protection d'intérêts économiques et non pas d'intérêts extrapatrimoniaux. Il s'agira tout d'abord d'un élargissement concernant le professionnel qui agit dans un but non professionnel, l'exemple le plus frappant se rencontre lorsque celui-ci achète de la nourriture. Ici, il semble qu'il va de soi qu'il devra être considéré comme un simple consommateur.

Il s'agira ensuite de la personne qui se procure le bien ou le service à la fois pour son usage personnel, mais aussi pour son usage professionnel. Il semble à ce sujet qu'il faille aller dans le sens d'une inapplication de la protection de droit de la consommation²⁶¹. En effet, ici, la personne portait tout de même son habit de professionnel et devait donc se tenir d'autant plus vigilante qu'il agissait en partie au titre de son activité professionnelle.

Il s'agira enfin du professionnel qui procédera à l'acquisition d'un bien ou d'un service dans le cadre de son activité professionnelle, mais dans un domaine de spécialité qui n'est pas le sien, par exemple, le commerçant qui procède à l'acquisition de matériel de vidéo surveillance. Cette personne figure parmi les professionnels si l'on s'en tient à la seconde partie de la définition retenue par M. CORNU selon lequel le professionnel serait « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats de vente ou de prestation de services, agit dans le cadre de son activité professionnelle publique ou privée. (dir. 93/13 CEE du CEE, 5 avril 1993) »²⁶². Cependant, il

258. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, 9^e éd, Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé).

259. Cass. Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, D. 2005. 1948, note BOUJEKA ; D. Aff. 2005. AJ 887, obs. RONDEY ; CCC 2005, n° 100, note RAYMOND ; RTD civ. 2005. 391, obs. MESTRE et FAGES ;

Voir également, CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, op cit., n° 13.

260. Code de la consommation, art. L.136-1.

261. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, « Droit de la consommation », op. cit. ; G. PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », JCP, éd. G.1993.I.3655.

262. G. CORNU, « Vocabulaire juridique », op. cit.

est aussi un profane et non un homme de l'art et doit donc être considéré, par une lecture *a contrario* de la première partie de sa définition, comme un consommateur.

92 Face à ce problème complexe, la jurisprudence s'est elle aussi partagée. Certains arrêts acceptant l'application du droit de la consommation parce que les professionnels agissaient « en dehors de leur compétence professionnelle »²⁶³ et d'autres la refusant, considérant qu'ils ne pouvaient être considérés comme consommateurs²⁶⁴. Jusqu'à 1995, date depuis laquelle, elle utilise une approche nouvelle en considérant que le professionnel ne pourra pas être protégé lorsqu'il conclura un contrat en « rapport direct » avec son activité professionnelle²⁶⁵, reprenant ainsi la formule développée par le législateur sur le démarchage²⁶⁶, et suivi par une partie de la doctrine²⁶⁷. Cela étant le caractère direct du rapport se trouvant le plus généralement retenu par la jurisprudence, cette nouvelle formule revient à une application d'une vision stricte de la notion de consommateur. Cette conception stricte de la notion de consommateur semble, notamment en l'espèce, d'autant plus pertinente. En effet, la directive ne s'inscrit pas dans une logique de sécurité, mais plutôt de loyauté qui pourrait, à gros traits, être principalement dessinée sous la forme de la tromperie ou du dol. Or, il sera plus difficile de tromper un professionnel qui a en principe connaissance de l'étendue des pratiques commerciales et incidemment des déloyautés pouvant l'entacher. Cela étant, la Cour de cassation française n'hésite pas à appliquer la législation des clauses abusives aux personnes morales²⁶⁸.

93 Enfin, l'acceptation d'une assimilation aux consommateurs des professionnels n'agissant pas dans leur domaine de spécialité nécessiterait une assimilation symétrique des consommateurs les plus avertis dans les domaines visés à des professionnels. Ce dernier point rendrait d'autant plus floues les frontières d'application des présentes règles et ferait office de source d'abord d'insécurité juridique, donc de surcoût pour les entreprises de l'Union européenne et donc d'une position concurrentielle affaiblie par rapport au reste du monde et *in fine* d'un affaiblissement du marché européen face à une mondialisation galopante.

263. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, « Droit de la consommation », n° 13 ; Civ. 1^{re}, 15 avril 1982 (D. 1984.J.439, note PIZZIO) ; Civ. 1^{re}, 25 mai 1992 (D. 1992.som.401, obs. KULLMANN ; D. 1993.J.87, note NICOLAU)

264. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, « Droit de la consommation », n° 13 ; Civ. 1^{re}, 15 avril 1986 (RTD civ. 1987.86, obs. MESTRE)

265. V. not. Civ. 1^{re}, 24 janvier 1995 (D. 1995.J.327, note PAISANT ; D. 1995.som.229, obs. DELEBECQUE ; D. 1995.som.310, obs. PIZZIO ; RTD civ. 1995.362, obs. MESTRE)

266. Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 : art. 121-22 du Code de la consommation :

[...] « Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L.121-23 à L.121-28 :

[...] 4° Les ventes, locations, ou locations-ventes de bien ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession ».

267. V. not. BEAUCHARD, « Remarques sur le code de la consommation », Écrits en hommage à G. CORNU, 1995 ; BOURGOIGNIE, « Élément pour une théorie du droit de la consommation », Story Scientia, Bruxelles 1988, n° 19. ; MESTRE, obs. à la RTD civ. 1987.537. Contra : not. Position de la commission de refonte du droit de la consommation (Propositions pour un code de la consommation, La documentation française 1990, art.L.3)

268. Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, pourvoi n° H 02-13.285 ; J. CALAIS-AULOY, Une personne morale peut-elle bénéficier de la protection contre les clauses abusives ? Revue Lamy Droit civil, juin 2005, p.5

C'est cependant à ce sujet que l'évaluation d'impact approfondie apparaît inquiétante. En effet, ce document de travail montre le choix opéré dans une optique de compromis de se focaliser sur un consommateur de référence dont fait office le consommateur moyen.

III Le consommateur moyen, référence de test .

- 94 Pour caractériser une pratique commerciale de loyale ou non, les caractéristiques de la déloyauté sont appréciées en prenant le consommateur moyen comme point de référence. Cela étant, la pratique ne s'adressera pas tout le temps à tous les consommateurs ou à un ensemble de consommateurs constituant la généralité de cette catégorie. La directive distingue donc selon que la pratique commerciale s'adresse à une généralité de consommateurs (A) ou à un groupe de consommateurs (B).

A Le consommateur moyen généralement entendu .

- 95 Dans sa version initiale, la directive définissait le consommateur moyen comme « tout consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé ». Bien que cette définition ait été retirée de l'article 2 de la directive finale, il semble qu'il faille continuer de s'y fier afin de pouvoir catégoriser ou non une pratique commerciale de déloyale²⁶⁹.

Ainsi, pour apprécier l'incidence d'une pratique commerciale déloyale, la directive prend comme référence la notion jurisprudentielle de consommateur moyen. En effet, statuant sur une affaire de publicité trompeuse, la CJUE considérait qu'il était nécessaire de mettre en balance les intérêts des consommateurs et la libre circulation des marchandises. Elle affirmait ainsi que « pour déterminer si une dénomination, une marque ou une indication publicitaire sont ou non trompeuses, il convient de prendre en considération l'attente présumée d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »²⁷⁰. C'est en outre, certainement en référence à cette jurisprudence que la loi espagnole de modification du régime de la concurrence déloyale et de la publicité pour l'amélioration de la protection des consommateurs, a affirmé qu'elle n'avait pas à définir cette notion et qu'il s'agissait de la mission des juridictions d'en effectuer une qualification par une étude *in concreto* de chaque affaire²⁷¹.

- 96 Cette position permet de protéger les professionnels et de libéraliser les pratiques commerciales en évitant une surprotection infantilisant les consommateurs au détriment du dynamisme du marché. Cela étant, la directive précise que « La notion de consommateur moyen n'est pas une notion statistique. Les juridictions et les autorités nationales devront s'en remettre à leur propre faculté de jugement, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, pour

269. Dir. 2005/29/CE, considérant 18.

270. CJUE, 16 juillet 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky contre Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*. Demande de décision préjudicielle : Bundesverwaltungsgericht - Allemagne. Rec. 1998 I-04657

271. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, preámbulo, II.

déterminer la réaction typique du consommateur moyen dans un cas donné »²⁷². Il appartiendra donc aux Cours nationales, d'analyser chaque cas selon les circonstances de l'espèce à l'aune d'une part, de la définition générale du consommateur moyen comme normalement informé, raisonnablement attentif et avisé et d'autre part, des précisions données par la CJUE. À ce titre, il est intéressant de relever que la directive a repris d'autres précisions soulevées par la CJUE. En effet, le caractère normalement informé et raisonnablement attentif et avisé du consommateur moyen devra être analysé compte tenu « des facteurs sociaux, culturels et linguistiques ». Il s'agit ici de la reprise de l'argumentation de la CJUE dans l'affaire *Estée Lauder contre Lancaster* selon laquelle, il convient notamment de « vérifier si des facteurs sociaux, culturels ou linguistiques peuvent justifier que le terme *lifting* employé à propos d'une crème raffermissante soit compris par les consommateurs allemands de manière différente par rapport aux consommateurs des autres États membres ou si les conditions d'utilisation du produit suffisent à elles seules à souligner le caractère transitoire de ses effets, neutralisant toute conclusion contraire pouvant être tirée du terme *lifting* »²⁷³. En effet, lorsqu'une pratique commerciale s'adresse à une grande partie voire à toute l'Union européenne, les différences sociales, culturelles, ou linguistiques peuvent rendre la même pratique plus ou moins déloyale selon l'État membre. Cette situation vient donc en contrariété avec l'harmonisation maximale voulue par la directive. Cela dit, même s'il appartient à chaque juridiction nationale d'évaluer les facteurs culturels, linguistiques et sociaux, il est nécessaire de préciser que le fait qu'une pratique commerciale soit couramment employée dans un État sans poser de difficultés peut participer à l'appréciation de son caractère loyal ou non dans un autre État²⁷⁴.

B Le consommateur moyen au sein d'un groupe identifié .

- 97 Il est en outre expliqué dans l'évaluation d'impact approfondie que « lorsqu'un professionnel vise un groupe spécifique de consommateurs[, qu'il] s'agisse d'enfants ou de génies, le point de référence devient un membre moyen de ce groupe »²⁷⁵. Il apparaît donc qu'une asymétrie est ici créée, le consommateur avisé étant presque considéré comme un professionnel en la matière alors que le professionnel profane en la matière est quant à lui rejeté de la protection. Il est vrai qu'un tel choix est justifié par la nécessaire adaptation de l'information par rapport au public visé, il permettrait en outre de sortir du paternalisme dans lequel s'enfouissent certaines législations ou Cours de justice en acceptant par exemple de protéger « l'observateur

272. Dir. 2005/29/CE, considérant 18.

273. CJUE, 13 janvier 2000, C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG contre Lancaster Group GmbH*, rec. 2000 I-00117.

274. CJUE, 2 février 1994, C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV contre Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*. Demande de décision préjudicielle : Landgericht Berlin - Allemagne. Rec. 1994 I-00317.

275. SEC (2003) 724 : Document de travail sur la directive 2005/29/CE, Évaluation d'impact approfondie, §7.3.

distrain »²⁷⁶. Mais l'asymétrie qu'il crée ne pourrait être contrebalancée que par l'acceptation du professionnel profane comme consommateur.

- 98 Pour sa part, l'article 5.2 *in fine* protège le membre moyen du groupe « lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ». Ainsi la notion de consommateur moyen peut être modulée lorsque la pratique vise un groupe de consommateurs particuliers. Mais il semble en outre que cette modulation puisse jouer, même lorsque la pratique est adressée à tous les consommateurs, mais vise plus particulièrement un groupe particulier, il s'agira par exemple d'une publicité pour des jouets qui par définition sera publique, mais qui sera particulièrement adressée aux enfants²⁷⁷.

La directive a donc pris en compte le caractère varié des consommateurs qui ne forment pas un groupe homogène et justifient donc différentes échelles d'évaluation de la déloyauté. Cette caractéristique est reprise par l'article 5.3²⁷⁸ qui concerne expressément les pratiques commerciales visant les groupes de consommateurs particulièrement vulnérables du fait « d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité ».

La vulnérabilité repose donc sur trois critères que sont l'infirmité, l'âge et la crédulité.

- 99 Concernant l'infirmité, le document de travail précise qu'il peut s'agir d'un handicap sensoriel, d'une mobilité réduite ou d'autres handicaps. Il s'agira alors en réalité de distinguer entre le handicap physique et celui qui demeure mental. En effet, en présence d'une infirmité physique, il s'agit de se placer au sein d'un groupe pour non pas prévoir la compréhension d'une pratique commerciale, mais l'effet que celle-ci peut avoir sur le membre moyen de ce groupe. Par exemple, une personne à mobilité réduite sera en effet davantage potentiellement victime d'une pratique commerciale déloyale portant sur les facilités d'accès. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un handicap mental, la compréhension elle-même peut être altérée, la personne souffrant de cette infirmité sera donc d'autant plus vulnérable aux pratiques commerciales déloyales qu'elle pourra en souffrir soit par son incompréhension, soit par sa sensibilité exacerbée aux caractéristiques attachées au produit.

- 100 L'âge pourra lui aussi être source de distinction entre les consommateurs, cela dit, la directive ne précise pas dans quel sens doit être prise la catégorisation par rapport à l'âge, bien sûr, elle détient en son sein des dispositions relatives à la protection des enfants²⁷⁹, sans même

276. Bundesgerichtshof, 20 décembre 2001, I ZR 215/98 ; v. aussi : Bundesgerichtshof, 20 octobre 1999, I ZR 167/97, « ORIENT TEPPISCHMUSTER ».

277. B. KEIRSBILCK, *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2011, §351.

278. Reprenant le considérant 19 : « Lorsque certaines caractéristiques, telles que l'âge, une infirmité physique ou mentale ou la crédulité, rendent un groupe particulier de consommateurs particulièrement vulnérable à une pratique commerciale ou au produit qu'elle concerne, ou lorsque le comportement économique de ce seul groupe de consommateurs est susceptible d'être altéré par cette pratique d'une manière que le professionnel peut raisonnablement prévoir, il y a lieu de veiller à ce que ce groupe soit suffisamment protégé, en évaluant la pratique en cause du point de vue du membre moyen de ce groupe. »

279. Voir consid. 18 : « Lorsqu'une pratique commerciale s'adresse spécifiquement à un groupe particulier de consommateurs, comme les enfants, il est souhaitable que son incidence soit évaluée du point de vue du membre

donner de définition de celui-ci, mais elle ne précise pas pour autant que la protection ne doit être accordée qu'à ces derniers. Encore une fois, le document de travail de la commission vient préciser la téléologie de la directive²⁸⁰. Ce document précise que trois catégories d'âges doivent être protégées du fait de leur vulnérabilité présumée :

- Tout d'abord les personnes âgées, celles-ci pourraient s'avérer particulièrement sensibles à certains comportements et donc visées en priorité par des professionnels peu scrupuleux. Il s'agira, outre les difficultés de compréhension d'un message publicitaire et des subtilités de celui-ci, par exemple de la vulnérabilité aux pratiques agressives de vente lors de démarchage, mais aussi relativement aux pratiques de « voyages en autocar » signalés par les services néerlandais et allemands, où certains professionnels profitent du voyage pour proposer à la vente certains produits. or cette proposition pourrait rester acceptable si elle ne s'approchait pas d'une imposition ; enfin, ces mêmes personnes pourraient être sensibles non pas à la forme de la pratique, mais au contenu de celle-ci. En effet, ces personnes âgées pourraient être des consommateurs particulièrement visés pour l'achat de produits ou services de protection tels qu'alarmes ou autres produits ;
- Ensuite les enfants, ceux-ci pourront se retrouver, comme les personnes âgées ou les personnes souffrant de handicap mental, confrontés à une double sensibilité par rapport aux pratiques commerciales déloyales, il s'agira tout d'abord d'une compréhension du message véhiculé par celle-ci, il s'agira ensuite du produit prôné par cette dernière, l'exemple étant pris des jeux vidéos²⁸¹ ;
- Enfin les adolescents, ceux-ci devront, outre leur sensibilité particulière face à certains produits, être protégés face à leur immaturité, ainsi le professionnel ne devra pas exploiter leur inattention, leur manque de réflexion, ou enfin leur volonté de construction de liens sociaux.

101 Enfin, et de manière résiduelle, le législateur a ajouté le critère de crédulité, ce terme se trouve suffisamment neutre pour pouvoir englober une multitude de groupes qui apparaîtraient particulièrement sensibles à certaines pratiques commerciales déloyales. L'exemple étant pris de la vente d'un ticket gagnant de loterie sur un site Internet, il est évident que seul un groupe particulièrement crédule pourrait se laisser berner par une telle pratique, cependant, la directive, considérant qu'il est nécessaire d'accorder une protection élevée à tous les consommateurs, a décidé d'offrir à ces personnes une protection supplémentaire. Cette position reste critiquable puisqu'elle infantilise un peu plus les consommateurs qui sont considérés comme ne pouvant

moyen de ce groupe » ; Pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances n° 28 : « Dans une publicité, inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité. Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive 89/552/CEE sur la radiodiffusion télévisuelle ».

280. Commission européenne, 3 décembre 2009, document de travail des services de la Commission ; orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, SEC(2009) 1666, §2.3.2(b).

281. Étant précisée que la directive relative à la publicité audiovisuelle instaure elle aussi une protection supplémentaire de l'enfant.

pas raisonner et devant tomber dans tous les pièges tendus par les professionnels, mais elle va dans le sens de la nécessité d'un principe général de bonne foi dans la vie des affaires, ainsi que celui d'une assimilation de la protection des consommateurs à celle du marché.

102 L'approche américaine se trouve souvent différente sur ce point. En effet, elle aussi prend en considération les consommateurs particulièrement faibles tels que les personnes âgées (souvent, définis comme de plus de soixante ou soixante-cinq ans ce qui peut paraître sujet à controverse. En effet, doit-il être considéré qu'une personne de seulement soixante ans est plus faible d'esprit qu'une personne se trouvant dans la force de l'âge ?), cela dit, et certainement par pragmatisme, elle ne distingue pas entre les différents consommateurs lors de la qualification de l'infraction, cette distinction n'intervient que lors de la sanction. Ainsi une personne exerçant une pratique commerciale déloyale sera d'autant plus sanctionnée que sa pratique vise une personne considérée comme particulièrement faible²⁸². Dans d'autres cas, la législation se rapproche nettement de celle en vigueur en Europe, par exemple, l'Indiana sanctionne l'exploitation financière des séniors résultant dans la prise de contrôle volontaire de la propriété d'un sénior ou de l'utilisation de ses actifs ou ressources par l'utilisation de la tromperie ou de l'intimidation²⁸³.

103 Étrangement, parmi les personnes particulièrement protégées figureront d'autres catégories atypiques. C'est ainsi que la loi de Floride prend en compte parmi ces personnes les *military service members*, c'est-à-dire, non seulement les vétérans des forces armées américaines, pour qui il semblerait que compte tenu des traumatismes et parfois de l'âge de ceux-ci la protection coulerait de source, mais aussi, les membres actifs ainsi que leurs femmes et enfants. Bien que cette spécificité s'explique par la révérence accordée par le peuple et l'État américain à ses soldats, il apparaît d'un point de vue neutre et dépassionné, difficile d'expliquer objectivement le rattachement de ces derniers à des personnes âgées, ou d'autres souffrant de déficiences mentales ou éducatives.

104 Parallèlement, la directive précise que ce groupe doit demeurer clairement identifiable ce qui pourrait restreindre l'application de cet article 5.3. En effet, en l'absence d'une catégorisation spéciale des consommateurs visés, le critère du consommateur moyen fera surface. En outre, il se peut qu'une pratique commerciale vise plusieurs types de publics, pour reprendre un exemple déjà cité, la pratique commerciale au profit de services de sécurité, peut atteindre des personnes se situant dans la fleur de l'âge, mais aussi des personnes âgées. Dans ce cas, il sera difficile de faire jouer la protection de cet article. En effet, admettre une telle application reviendrait à appliquer l'article à toutes les pratiques commerciales puisque les catégories

282. Voir notamment :

- Delaware Code, §§2580 sqq. ;
- Florida Annotated Statutes, §501.2077 ;
- Iowa Code, §714.16A ;
- Minnesota Statutes, §325F.71, fixant l'âge à soixante-deux ans.

283. Burns Indiana Code Annotated §24-4.6-6-4.

visées précédemment font partie intégrante de la société, à ce titre, leur comportement économique restera toujours au moins susceptible d'être altéré par la pratique commerciale, il semble donc nécessaire que l'application de cet article soit soumise à la condition selon laquelle les consommateurs particulièrement vulnérables soient exclusivement ou du moins principalement visés. Cette condition supplémentaire irait dans le sens de la précision de l'article selon laquelle ce dernier s'applique si « l'on pouvait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévoie cette conséquence ». En effet, alors qu'aucune volonté n'apparaît nécessaire, la prévision de l'impact de la pratique commerciale sur un public particulier appartient au professionnel qui doit se tenir particulièrement diligent à l'égard des consommateurs.

- 105** Finalement, et comme il le sera étudié par la suite²⁸⁴, même en présence d'une notion stricte de consommateur, conservant ainsi ce qui a pu être qualifié de distinction « manichéenne »²⁸⁵, et ignorant que ces professionnels demeurent divers et qu'il en existe « des puissants et des humbles, des sachants et des ignorants[...] »²⁸⁶, et ignorant enfin une partie de la doctrine française qui prônait l'élargissement de la notion de consommateur aux PME²⁸⁷, le professionnel concurrent pourra agir, protégeant ainsi ses propres intérêts.

La notion de consommateur étant maintenant définie, l'étude de nouveaux éléments doit être ouverte, il s'agit donc de passer de l'autre côté du pont de la relation commerciale. En effet, en principe, l'auteur de la pratique ne devrait jamais se trouver en situation monopolistique. Il apparaît donc qu'il ne sera pas seul face aux consommateurs, et que sa quête de clientèle prise sous le prisme de la liberté de la concurrence, lui permet d'infliger à ses concurrents un dommage concurrentiel. Cependant, cette immunité pour situation de concurrence ne peut exister sans limites. En effet, l'utilisation de moyens illégaux ou déloyaux rendra les concurrents, qui eux ont suivi les règles du jeu, victimes par ricochet des pratiques commerciales déloyales.

§2 Le concurrent loyal victime par ricochet.

- 106** « La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne »²⁸⁸.

- 107** Ainsi, la concordance du champ lexical utilisé n'est pas fortuite, la déloyauté du professionnel vis-à-vis du consommateur constituera une source de déloyauté vis-à-vis du professionnel.

284. Sous la section deux du présent chapitre.

285. J. MESTRE, Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine, in *Mélanges Breton-Derrida*, 1991, p. 252.

286. J. MESTRE, *RTD civ.* 1987.95.

287. M. LUBY, « Protection des consommateurs : publicité et communications commerciales (Dir. n° 2005/29, 11 mai 2005, JOUE n° L. 149, 11 juin 2005, p. 22) », *RTD Com. Dalloz*, 2005, p. 631.

288. Dir. 2005/29/CE, consid. 8.

Cela étant, la qualification de la déloyauté ne sera pas la même qu'elle soit effectuée par rapport au consommateur ou par rapport au professionnel. Il s'agirait alors d'imposer une vision de la concurrence déloyale prenant en considération le consommateur non pas comme un objet de droit, ce qui reste traditionnellement sa position en droit français, mais comme un sujet de droit se trouvant au centre du marché protégé par la théorie de la loyauté dans la concurrence.

C'est cette double protection qui explique que souvent, les dispositions du droit de la consommation issues de cette directive sont invoquées directement entre commerçants. En effet face à de telles pratiques, il est parfois fait le choix de soumettre le cas au régime de la concurrence déloyale, fondant l'action sur la rupture d'égalité dans la concurrence résultant du manquement d'un concurrent à ses obligations légales, mais parfois, le régime choisi est directement celui du droit de la consommation²⁸⁹.

En effet, tel que l'affirme le Professeur AUGUET, malgré une intégration au sein du Code de la consommation, les pratiques commerciales déloyales « relèvent d'une approche tout à la fois consumériste et concurrentielle »²⁹⁰. Par ailleurs, cette imbrication se retrouve au sein des intitulés des dispositions applicables. En effet, si la directive est « relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs », la loi de transposition, du 3 janvier 2008, visait « un développement de la concurrence au service des consommateurs ». Or, lorsque le choix de recourir aux dispositions du Code de la consommation sera opéré, aucune exigence quant au rapport de concurrence ne sera présente. Il en résulte donc que la pratique commerciale déloyale peut être sanctionnée du fait d'un non-concurrent²⁹¹.

Bien sûr, la directive 2005/29/CE ne garantit une concurrence loyale que dans le secteur d'activité qu'elle coordonne, et tel que le relève le Professeur PICOD²⁹², elle prend en considération le fait qu'il « existe d'autres pratiques qui, si elles ne portent pas atteinte aux consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises »²⁹³.

La concurrence déloyale ne se limitera donc pas aux pratiques commerciales déloyales encadrées par la directive 2005/29/CE, et il s'agira dans de tels cas d'appliquer les principes généraux de la responsabilité civile subjective²⁹⁴.

289. LARRIEU J., « Le comparateur de prix et les pratiques commerciales déloyales », *Propriété industrielle* n° 3, Mars 2012, comm. 28.

Citant TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 29 octobre 2010 ; Cass. Com., 27 avril 2011, n° 10-15.648 ; CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 mai 2011.

290. PICOD Y., AUGUET Y. et DORANDEU N., « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, octobre 2014, n°s 262 sqq..

291. Cass. com., 12 février 2008, n° 06-17.501 : *JurisData* n° 2008-042743.

292. PICOD Y., AUGUET Y. et DORANDEU N., « Concurrence déloyale », *op. cit.*, n° 31.

293. Voir en ce sens, directive 2005/29/CE, consid. 8.

294. Il convient d'ailleurs de noter que la CJUE a soulevé cette notion de subjectivité en appliquant la directive 2005/29/CE ; affirmant que le concurrent d'un éditeur de presse serait recevable à agir contre ce dernier s'il employait une pratique commerciale déloyale qui altérerait le comportement économique des consommateurs par rapport aux produits des deux concurrents et non par rapport à ceux d'un tiers au nom et pour le compte duquel l'auteur de la pratique n'agissait pas.

CJUE, 17 octobre 2013, *RLvS Verlagsgesellschaft mbH contre Stuttgarter Wochenblatt GmbH*, aff. C-391/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général).

Les actions en concurrence déloyale et pour violation des dispositions pénales issues de la directive devront alors coexister et il est certain que la violation de la directive placera le concurrent loyal dans une situation plus confortable²⁹⁵, car la violation de la disposition pénale suffira à l'exonérer de la preuve d'un comportement fautif²⁹⁶.

108 Une telle position se retrouve notamment en Espagne, où la directive a été transposée, principalement au sein de la loi contre la concurrence déloyale²⁹⁷. En effet, déjà en 1991, cette loi affirmait dans son article premier qu'elle avait pour objet la protection de la concurrence dans l'intérêt de tous ceux qui participent au marché [...]. Cela étant, pour entrer en conformité avec le droit européen, l'article 19 précise que ne seront considérées comme pratiques commerciales déloyales que les pratiques du chapitre III et les articles 4, 5, 7 et 8 de la loi²⁹⁸. Cette disposition apparaît d'autant plus regrettable qu'elle évince notamment les actes de dénigrement de l'article 9, de comparaison de l'article 10, d'imitation de l'article 11, de parasitisme de l'article 12, et de vente à perte de l'article 17. En effet, tous ces actes déloyaux envers les concurrents, peuvent s'avérer trompeurs vis-à-vis des consommateurs et donc par la même occasion déloyaux envers ces derniers.

109 Enfin, l'article 8 de la loi de 1991, qui encadrait les livraisons de cadeaux publicitaires, les ventes avec primes, ou encore les ventes et prestations de services subordonnées²⁹⁹, est supprimé et remplacé par les dispositions encadrant les pratiques commerciales agressives, par la loi de 2009. De la même manière, l'article 20 de la loi de protection des consommateurs approuvée par le décret royal du 16 novembre 2007³⁰⁰, relatif à la promotion effectuée par l'utili-

295. PICOD Y., AUGUET Y. et DORANDEU N., « Concurrence déloyale », op. cit., n° 62 s.

296. Voir *infra*, p. 394 sqq.

297. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

298. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, Artículo 19. Prácticas comerciales desleales con los consumidores.

1. *Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley.*

2. *Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores.*

299. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, Artículo 8. Obsequios, primas y supuestos análogos.

1. *La entrega de obsequios con fines publicitarios y prácticas comerciales análogas se reputarán desleales cuando, por las circunstancias en que se realicen, pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal.*

2. *La oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputará desleal cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas. Estas últimas circunstancias se presumirán verificadas cuando el coste efectivo de la ventaja exceda del quince por ciento del precio de la prestación principal.*

3. *La subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de tal contrato se reputará desleal cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior.*

300. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

sation de concours, cadeaux et autres techniques similaires, est supprimé et remplacé, par la loi 29/2009, par une disposition relative à l'obligation d'information envers les consommateurs.

110 Ces dispositions laisseraient à penser que la stratégie sélectionnée par l'Espagne serait alors différente de celle employée par la France. En effet, alors que la France a décidé sur ces mêmes points de se conformer à la directive européenne en enrichissant les dispositions déjà existantes des conditions supplémentaires nécessaires à la qualification des pratiques commerciales comme étant déloyales, de l'autre côté des Pyrénées, il a été décidé de supprimer la référence à ces réglementations antérieures qui pourront cependant resurgir par le jeu de la clause générale de l'article 4 modifié de la loi de concurrence déloyale. Mais, il est intéressant de souligner que de manière subsidiaire, ces mêmes ventes avec primes ou loteries publicitaires sont considérées comme représentant des pratiques commerciales déloyales, si les critères de la directive repris par la loi de concurrence déloyale sont réunis, par l'article 32 modifié de la loi relative au commerce au détail³⁰¹. L'Espagne choisissant alors dans le cas présent de sauvegarder la protection préexistante en y ajoutant, comme en France³⁰², les conditions de la directive, lui permettant de se conformer à l'obligation d'harmonisation maximale. Simple toilettage juridique ou incohérence du législateur, cette double stratégie espagnole permet en tout état de cause de faire subsister une protection déjà existante.

111 Finalement, d'un point de vue européen, il convient de souligner que la CJUE, pour répondre aux interrogations des gouvernements tchèque et autrichien selon lesquels la loi alors en question avait pour principal but la protection des concurrents et n'entraînait donc pas dans le champ d'application de la directive, a affirmé qu'étaient exclues du champ d'application de la directive, les réglementations relatives aux pratiques commerciales portant uniquement atteinte aux intérêts des professionnels³⁰³, ou des travailleurs ou indépendants³⁰⁴. Il s'agissait alors pour la CJUE de rappeler les dispositions du sixième considérant de la directive selon lequel, la présente directive a pour objet de rapprocher les législations nationales relatives aux pratiques : « portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes [...] Elle ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales

301. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, Artículo 33. Entrega de los obsequios :

1. *Los bienes o servicios en que consistan los obsequios o incentivos promocionales deberán entregarse a los compradores en el plazo máximo que determinarán las Comunidades Autónomas, sin que pueda exceder de tres meses, a contar desde el momento en que el comprador reúna los requisitos exigidos. Cuando el ofrecimiento se haya hecho en los envases de los correspondientes productos, el derecho a obtener la prima ofrecida podrá ejercerse, como mínimo, durante los tres meses siguientes a la fecha de caducidad de la promoción.*

2. *En el caso de que los obsequios ofrecidos formen parte de un conjunto o colección, la empresa responsable de la oferta estará obligada a canjear cualquiera de aquéllos por otro distinto, a no ser que en la oferta pública del incentivo se haya establecido otro procedimiento para obtener las diferentes piezas de la colección.*

302. Voir nos 469 et sqq.

303. CJUE, 14 janvier 2010, *Plus Warenhandelsgesellschaft*, C-304/08, Rec. p. I-217, point 39 ;

CJUE, 9 novembre 2010, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contre "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH*, aff. C-540/08, Rec. 2010 I-10909, point 21.

304. CJUE, 4 octobre 2012, *Pelckmans Turnhout NV contre Walter Van Gastel Balen NV et autres*, aff. C-559/11, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées").

qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ». Cela étant, la lecture complète de ce considérant, et le découpage présentement fait, laisse resurgir une seconde exception. En effet, il n'est pas uniquement question d'exclure, comme le dit la CJUE, les pratiques ne portant qu'atteinte aux droits des concurrents, mais également, celles ne portant pas directement atteinte aux droits des consommateurs. Ici alors, la directive a semble-t-il souhaité exclure, notamment, les législations relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Il restera dès lors à savoir, ce que les instances européennes ou nationales³⁰⁵ entendent par ce caractère direct. En tout état de cause, il s'agirait alors de se demander dans un premier temps si la pratique porte exclusivement atteinte aux intérêts économiques du concurrent et en cas de réponse négative, car une réponse affirmative viendrait rejeter la pratique du champ d'application de la directive, s'interroger sur le caractère direct de l'atteinte aux intérêts du consommateur³⁰⁶.

- 112** Cela étant, il convient de préciser que les pratiques commerciales déloyales ne nécessitent pas de situation de concurrence pour l'auteur.

Ainsi la NAD³⁰⁷ a-t-elle sanctionné l'auteur d'une publicité qui se présentait comme la marque leader en matière de recommandation par les dentistes alors qu'elle se situait en position de monopole³⁰⁸. La déclaration n'était donc pas foncièrement fausse, mais présentait le produit comme particulièrement efficace, car étant le plus conseillé par des professionnels tiers qui n'avaient en réalité pas d'alternatives. Dans un cas comme ce dernier, l'objet premier de protection de l'information des consommateurs se trouve être suffisant à lui même. Une telle pratique pourrait, semble-t-il, être étudiée à l'aune de la dix-huitième pratique de l'annexe I de la directive 2005/29/CE interdisant de tromper le consommateur sur les conditions de marché³⁰⁹.

- 113** Il s'agira alors d'étudier d'une part quels sont les actes déloyaux pouvant être constitutifs de pratiques commerciales déloyales (I), puis, *a contrario*, quelles pratiques commerciales déloyales peuvent créer une situation de concurrence déloyale (II).

I Les actes déloyaux constitutifs de pratiques commerciales déloyales .

- 114** En tout état de cause, la directive ne s'appliquera qu'aux pratiques présentant d'abord un impact sur les intérêts économiques des consommateurs. Ce ne sera que si celles-ci peuvent être

305. Comme l'a décidé la CJUE le 30 juin 2010 dans *Wamo BVBA contre JBC NV et Modemakers Fashion NV*, Aff. C-288/10, rec. 2011 I-05835.

306. En ce sens, voir le développement de M^{me} le Professeur et Doyenne de l'ULB A. PUTTEMANS, in TERRY E. et VOINOT D. (dirs.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales : évolution et perspectives*, Bruxelles : Larcier, 2012., p. 28 sqq..

307. National Advertising Division

308. Advertising Self-Regulation Council, « NAD Recommends Splintek Discontinue "#1 Brand Prescribed" Claim, Bitepad Strength Claim for Dental Guards », février 2015. URL : <http://www.asrcreviews.org/2015/02/nad-recommends-splintek-discontinue-1-brand-prescribed-claim-bitepad-strength-claim-for-dental-guards/>.

309. « Communiquer des informations factuellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver le produit, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché ».

qualifiées de déloyales vis-à-vis des consommateurs qu'elles pourront par la suite, faire office de concurrence déloyale.

Il convient alors de comparer les éléments constitutifs de la pratique commerciale déloyale, au sens de cette directive, des pratiques généralement considérées comme déloyales au sens du droit de la concurrence déloyale.

Traditionnellement, suivant la classification opérée par le Doyen ROUBIER³¹⁰, les moyens concurrentiels déloyaux sont classés en quatre rubriques que représentent la confusion, le dénigrement, la désorganisation interne de l'entreprise et la désorganisation générale du marché, auxquels a été ajouté par M. YVES SAINT-GAL la concurrence parasitaire.

A Le dénigrement .

115 Le dénigrement tout d'abord. Celui-ci consiste à jeter sur un concurrent (ou un ensemble de concurrents) ou ses produits un discrédit par l'utilisation d'informations malveillantes³¹¹. Celui-ci peut reposer soit sur la divulgation de renseignements inexacts, ici, la volonté dénigrante sera la plus aisée à démontrer³¹² ; soit, sur la divulgation de renseignements exacts. Dans ce dernier cas, contrairement à la diffamation, l'*exceptio veritatis* n'est pas admise, et la véracité des faits divulgués ne retire pas au dénigrement son caractère déloyal. La déloyauté est donc ici la base de la qualification du comportement. Ce n'est que parce que le professionnel a divulgué des informations dans le but de jeter le discrédit sur son concurrent qu'il doit être tenu responsable du dénigrement effectué.

116 En tout état de cause, un tel discrédit jeté sur un concurrent pourra altérer ou du moins être susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur moyen et sera de toute évidence contraire à la diligence professionnelle, puisque déjà sanctionnée par le droit de la concurrence déloyale. Une telle pratique pourra donc, après étude des faits de chaque espèce, être considérée comme déloyale au sens de la directive³¹³.

B L'imitation .

117 L'imitation ensuite, dont le but est de créer une confusion avec le concurrent ou avec ses produits, est elle aussi prise en compte par les deux droits. D'une part, il s'agira du moyen le plus fréquent de concurrence déloyale, et d'autre part, la directive encadre doublement ce

310. ROUBIER P., Le droit de la propriété industrielle, [s.l.] : Rec. Sirey, 1952 (Le droit de la propriété industrielle, n° vol. 1).

311. CA Lyon, 21 mai 1974, JCP G 1974, IV, p336, RTD com. 1974 p513, obs. CHAVANNE et AZÉMA ; TGI Paris, 14 septembre 2004, JCP E 2005, n° 1004, obs. CARON.

312. V. not. T.com. Seine, 1^{re} ch., 2 avril 1951, JCP G 1951, IV, p112 ; CA Paris, 4^e ch., 1^{er} mars 1984, Gaz. Pal. 1984, 2, som., p433.

313. Voir en ce sens, les conditions de licéité d'une publicité comparative : §281 et sqq. ; et comparer avec l'étude du malicious falsehood, §388 et sqq.

risque de confusion. En effet, tout d'abord, elle interdit, en considérant comme une pratique réputée trompeuse en toutes circonstances le fait de « promouvoir un produit similaire à celui d'un fabricant particulier de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit provient de ce même fabricant alors que tel n'est pas le cas »³¹⁴. Ainsi, l'imitation du produit d'un concurrent même en dehors du champ de la contrefaçon est strictement interdite par la directive. Enfin, une pratique commerciale sera réputée trompeuse si, après considération du contexte factuel, elle implique « toute activité marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent »³¹⁵.

C La désorganisation .

- 118 Concernant la désorganisation, celle-ci crée avant tout un préjudice au concurrent loyal dans le sens où ce dernier perd un avantage concurrentiel, il apparaît donc *a priori*, difficile de considérer qu'un tel comportement puisse être qualifié de déloyal vis-à-vis du consommateur. Cela étant, trois remarques permettant de rattacher le comportement déloyal du concurrent employant la désorganisation à la directive doivent être opérées à ce sujet. Tout d'abord, il s'agira de prendre en compte la situation où la pratique entraînera un risque de confusion avec l'entreprise du concurrent. Ainsi, en sera-t-il par exemple lorsqu'un débauchage ne sera pas accompagné par une affirmation de changement de société du salarié attractif de clientèle.

Ensuite, il s'agira de la situation où la désorganisation sera accompagnée d'un dénigrement du concurrent. Le plus simple sera alors ici pour le concurrent-victime de restreindre son action au dénigrement constitutif de déloyauté vis-à-vis des consommateurs.

Enfin, la désorganisation étant contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et le débauchage étant déjà reconnu par le droit de la concurrence déloyale comme un moyen de détournement de la clientèle³¹⁶, il semble que les conditions requises par l'article 5 de la directive soient remplies afin de qualifier une telle pratique de déloyale vis-à-vis du consommateur.

D Les parasitismes et agissements parasitaires .

- 119 Tant le parasitisme que les agissements parasitaires consistent, pour les professionnels, à tenter de profiter de la réputation d'une marque ou d'une entreprise, ainsi que des efforts techniques et commerciaux réalisés par cette dernière. Il ne s'agit pas nécessairement de créer une

314. Dir. 1005/29/CE, Annexe I, point 13.

315. Dir. 2005/29/CE, art.6.2.a.

316. Cass. com., 3 juillet 1990, n° 88-12.782 ;
Cass. com., 24 mars 1992, n° 90-13.269 ;
Cass. com., 6 juin 2001, n° 98-16.390, CCC 2001, comm. 158 ;
Cass. com., 22 octobre 2002, n° 01-10.283 ;
Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-14.434.

confusion dans l'esprit du consommateur et les Hauts magistrats ne cessent de rappeler que le risque de confusion ne constitue pas une condition nécessaire à la réussite d'une telle action³¹⁷.

En effet, il ne consiste qu'en la pratique visant à se situer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment de sa notoriété. Ainsi la Cour de cassation a pu affirmer que « le parasitisme ne sanctionne pas l'exploitation de l'objet, mais les circonstances de cette exploitation manifestant la volonté de se placer dans le sillage d'un concurrent pour profiter de sa notoriété, dès lors qu'elles révèlent un comportement contraire à la pratique loyale des affaires »³¹⁸, sans qu'il soit nécessaire que l'auteur fasse expressément référence à l'activité commerciale de la victime parasitée³¹⁹.

- 120** Ainsi, contrairement à l'imitation, le parasitisme pourra ne pas être trompeur, mais sera simplement déloyal vis-à-vis des consommateurs dont le comportement économique aura été altéré ou susceptible de l'être par cette pratique contraire aux exigences de la diligence professionnelle.

De plus, il importe de noter que les Hauts magistrats affirment régulièrement « qu'est contraire aux usages loyaux du commerce le fait de se placer dans le sillage d'un opérateur économique en cherchant à tirer indûment profit de la notoriété de ses produits »³²⁰. Or, cette référence aux usages loyaux du commerce ne saurait être lue sans rappeler la notion retenue par la directive 2005/29/CE de « pratiques de marché honnêtes »³²¹.

II Les pratiques commerciales déloyales constitutives d'actes déloyaux .

- 121** Il convient ici de rappeler que la concurrence reste libre et que la clientèle appartient à qui sait la prendre, ce qui en France depuis le Décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 justifie le préjudice concurrentiel. Cela étant, tous les moyens ne sont pas bons pour atteindre un tel objectif et seule la concurrence loyale demeure libre.

Mais, alors que de nombreux États ont choisi de légiférer sur la matière, la France a laissé la jurisprudence préciser cette notion de concurrence déloyale reposant sur les principes généraux de responsabilité civile³²².

317. Cass. com., 27 juin 1995, n° 93-18.601, Bull. civ. IV, n° 193, JCP G 1995, IV, n° 2122, D. 1996, som., p251, obs. IZORCHE ;

Cass. Com., 14 décembre 1999, n° 97-20.274 ; RLDA février 2000, n° 1495, obs. STORRER.

318. Voir not. Cass. Com, 9 juin 2015, 14-11.242, Inédit, ECLI :FR :CCASS :2015 :CO00572.

Les marchés visés (fonction de la gamme choisie) et le risque de confusion pourront cependant aider les juges du fond dans leur appréciation souveraine du parasitisme. Ainsi a-t-il été le cas dans cette espèce où la société FERRARI SPA s'est trouvée déboutée, car le fabricant de voitures miniaturisées visait un marché bas de gamme et apposait de manière évidente sa marque sur des jouets ressemblant cependant à des automobiles FERRARI.

Cass. Com., 3 mars 2015, 13-25.055, Inédit, JurisData : 2015-007563.

319. Cass. Com., 31 mars 2015, 13-21.300, Publié au bulletin, ECLI :FR :CCASS :2015 :CO00345.

320. Voir not. Cass. Civ. 1^{re}, 5 avril 2012, 10-27.373, Inédit.

321. Directive 2005/29/CE, art. 2 sous h.

Voir également *infra*, p. 254 sqq.

322. Art. 1382 et 1383 du Code civil ;

L'article 1382 du Code civil dispose : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », alors que l'article 1383 vient préciser que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Alors chacun se trouvera responsable des faits quelconques qui causeront à autrui un dommage et devra le réparer et ce, que la faute soit de son fait, ou encore dû à une négligence ou une imprudence.

La responsabilité civile délictuelle sur laquelle repose la théorie française de la concurrence déloyale nécessite donc la preuve de trois éléments ; une faute, un préjudice, et un lien de causalité réunissant ces deux.

122 Cela étant, malgré la remise en question du principe de l'identité des fautes civiles et pénales effectuée par la loi du 10 juillet 2000³²³, il faut en réalité préciser que cette remise en question ne concerne que les déclarations pénales de relaxe. En effet, il s'agissait alors d'éviter que les juges ne retiennent que des « poussières de peines » et ne condamnent même uniquement symboliquement, à la seule fin de permettre une indemnisation de la victime. C'est ainsi que l'article 4-1 a été introduit au code de procédure pénale disposant que « l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du Code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du Code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie ». L'admission d'une faute pénale continue alors à obliger le juge civil³²⁴.

123 En d'autres termes, la condamnation pénale suppose nécessairement l'existence d'une faute civile, et le juge civil ne peut contredire les motifs de la décision pénale établissant les éléments constitutifs de l'infraction. Il y a donc autorité de la chose jugée sur l'établissement de la faute³²⁵. Cette directive, dont la matière essentielle demeure pénale, pourra donc servir de base, quant à la démonstration d'une faute, nécessaire à la réussite d'une demande sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil permettant notamment de lutter contre la concurrence déloyale³²⁶.

Mais *a contrario*, l'absence de condamnation pénale n'empêchera pas de poursuivre sur le fondement de la responsabilité subjective pour concurrence déloyale. Ainsi, les Hauts magistrats ont pu affirmer que « l'existence d'une pratique commerciale trompeuse ne conditionne pas le succès d'une action en concurrence déloyale » et que violait les articles L.121-1 du code de la

et voir not. PICOD Y., « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale, Mélanges Y. SERRA », Dalloz, 2006, p. 359 et sqq.

323. Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels

324. Caron D., « Fasc. 556 : Autorité de la chose jugée. Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. », JurisClasseur Procédure civile, 21 mai 2015.

325. Cass. civ., 6 février 1928 : S. 1928, 1, p. 183 ;

Cass. crim., 3 mars 1976 : Bull. crim. 1976, n° 81 ; Rev. sc. crim. 1976, p. 990, obs. ROBERT

326. Voir *infra*. p. 394 sqq.

consommation et 1382 du Code civil la Cour d'appel qui considérerait qu'en l'absence de pratique commerciale déloyale, l'action en concurrence déloyale serait vouée à l'échec³²⁷.

- 124** Enfin, concernant le préjudice, sa nécessité est allégée en la matière. Cet allègement se traduit d'une part, par l'admission du préjudice « moral »³²⁸ et d'autre part, par l'admission du préjudice éventuel. Ainsi, lorsque le préjudice se trouve difficilement évaluable, certaines décisions relèvent l'existence d'un préjudice moral afin d'allouer des dommages-intérêts et ainsi, de sanctionner un tel comportement³²⁹.

Allant plus loin, la Cour de cassation a elle-même sanctionné une décision des juges du fonds, qui considéraient que les actes déloyaux demeuraient sans effet, affirmant qu'il « s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés »³³⁰.

Il semble alors finalement que cette directive viendra faciliter la démonstration d'une situation de concurrence déloyale dont l'élément limitant jusqu'alors l'action était la démonstration d'une faute ; démonstration qui sera à présent facilitée par la pénalisation de la matière.

Cela étant dit, il conviendra de renvoyer pour une étude plus approfondie à la seconde partie étudiant la réaction de droit commun³³¹ pouvant être adoptée face à de telles pratiques.

- 125** En conclusion, l'étude du champ d'application de la directive 2005/29/CE démontre une volonté d'appréhension large de la déloyauté nuisible au marché. En effet, si la directive exclut certains domaines de son champ d'harmonisation maximale, elle recourt pour le reste à des notions nouvelles et d'une plasticité importante.

Ainsi, le concept même de pratique commerciale se définissant comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs » atteste d'un souhait de réglementer toutes les pratiques liant les concurrents aux consommateurs.

Ensuite, en se référant à la notion de produit, la directive prouve encore une fois la vue globale par laquelle elle souhaite offrir aux agents économiques se situant sur le marché une loyauté dans les rapports entre concurrents et consommateurs.

Bien sûr, certaines limitations seront énoncées du fait de la spécificité de leur matière, mais *in fine* cette directive dévoile son inscription dans une politique globale d'imposition de la loyauté au sein du marché.

- 126** Il est cependant regrettable qu'en retenant un champ d'application *ratione materiae* si large, cette dernière ait fait preuve d'une timidité quant au champ d'application *ratione personae*.

327. Cass. Com., 10 septembre 2013, 12-24.380, Inédit.

Voir également *infra*, p. 394 sqq.

328. D'autres parleront de trouble commercial.

329. Cass. com., 6 janvier 1987, n° 85-14.434, D. 1988, som. p211, obs. SERRA.

330. Cass. com. 22 octobre 1985, n° 83-15.096, Bull.civ. IV, n° 245, JCP G 1986, IV,p11.

331. Sur laquelle est fondé en France le régime de droit de la concurrence.

En effet, tout d'abord par son intitulé, la directive laisse penser qu'elle ne protège que les intérêts des consommateurs, alors qu'une étude plus approfondie démontre une protection des intérêts des concurrents et, au-delà même, du marché.

Plus regrettable cependant, elle n'envisage, et ne régleme, que les pratiques émanant de professionnels. Or, l'étude des pratiques commerciales démontre que la déloyauté peut aussi provenir de particuliers.

Ici, la théorie des *torts* et notamment, des *economic torts* sera, par son caractère universel, plus harmonieuse. En effet, la place laissée à l'analyse par analogie par la *common law*, montre ici sa force d'adaptation aux évolutions de la société et en l'occurrence aux pratiques commerciales.

Cependant, cette défaillance de la directive pourra être lue de deux manières :

- la première, mettra en lumière la possibilité pour les États de légiférer en la matière et donc d'offrir une protection, peut-être, plus importante que celle qui aurait été imposée par la directive ;
- l'autre, regrettera une harmonisation décousue de la matière dans une Union peinant à se faire une place parmi les États qui la forment.

TITRE II

LE CHAMP D'INTERDICTION : LES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES.

127 La directive se donne pour objet d'encadrer les pratiques commerciales déloyales. Pour se faire, elle offre une méthode permettant de caractériser ce caractère déloyal. En effet, son article 5³³² dispose que les pratiques commerciales déloyales sont interdites ; et qu'une pratique commerciale est déloyale si d'une part, « elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle », et d'autre part « elle altère ou est susceptible d'altérer le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen [...] ». Elle précise ensuite que seront « en particulier » déloyales, les pratiques qui pourront être qualifiées de trompeuses au sens des articles 6 et 7 ou d'agressives au sens des articles 8 et 9. Elle conclut enfin que son annexe I contient une

332. Dir. 2005/29/CE : Art. 5 : 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si : a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et

b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

3. Les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévienne cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.

4. En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont :

a) trompeuses au sens des articles 6 et 7,

ou

b) agressives au sens des articles 8 et 9.

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.

liste exhaustive des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette annexe contient en effet une liste de trente et une pratiques divisées en deux catégories ; les vingt-trois premières étant des pratiques commerciales trompeuses et les autres étant réputées agressives en toutes circonstances.

128 Le parcours de caractérisation des pratiques commerciales déloyales sera donc ici étudié de manière logique, suivant le processus que devront suivre les magistrats tant nationaux qu'euro-péens, et plus largement toutes personnes souhaitant savoir si une pratique commerciale pourrait ou non être qualifiée de déloyale.

Ainsi pour qu'il y ait pratique commerciale déloyale, il sera nécessaire de caractériser dans un premier temps quelles sont les pratiques commerciales pouvant être qualifiées d'agressives à l'aune des articles 8 et 9 de la directive ainsi que de la liste des pratiques commerciales réputées agressives en toutes circonstances ; ou de trompeuses à l'aune des cas concrets de la liste noire ou des conditions des articles 6 et 7 (Chapitre 1)³³³. Enfin, puisque tiennent lieu, « en particulier », de déloyales les pratiques commerciales trompeuses et agressives, il apparaît que peuvent être qualifiées comme déloyales à un sens plus stricte du terme, d'autres pratiques commerciales que celles répondant aux conditions des articles 6 à 9 ou entrant dans le champ de la liste noire de pratiques commerciales réputées déloyales de manière irréfragable. Pour qualifier de telles pratiques, il sera nécessaire de revenir à la règle primaire selon laquelle sont déloyales les pratiques commerciales contraires aux exigences de la diligence professionnelle, et qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer le comportement économique du consommateur.(Chapitre 2)³³⁴.

Chapitre 1 Les pratiques commerciales agressives ou trompeuses.

129 La directive 2005/29/CE distingue les pratiques commerciales par le média de la déloyauté puis en effectue une étude symétrique. Ainsi, se fiant d'une part à une liste préétablie, et d'autre part à des conditions, elle qualifie certaines pratiques commerciales d'agressives (Section 1)³³⁵ et d'autres de trompeuses (Section 2)³³⁶.

333. p. 91 sqq.

334. p. 251 sqq.

335. p. 92 sqq.

336. p. 127 sqq.

Section 1 Les pratiques commerciales agressives.

- 130 « Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »³³⁷. Cette définition permet de regrouper les conditions nécessaires à la qualification de la pratique commerciale comme apparaissant agressive³³⁸, étant noté toutefois que cette analyse devra être effectuée dans le contexte factuel, dans lequel s'inscrit la pratique, c'est-à-dire, comme l'affirme la directive, « compte tenu de toutes ses caractéristiques et circonstances ».
- 131 En effet, cette qualification fera l'objet d'une appréciation *in concreto*, sauf pour les pratiques commerciales réputées déloyales du fait de leur agressivité en toutes circonstances et énumérées dans l'annexe I de la directive. Ces premières permettront donc d'apporter une aide quant à l'étude téléologique de la présente directive. Pour les autres, il sera nécessaire de se fier aux indications apportées par la directive en son article 8 et d'analyser, d'une part, les conditions relatives aux faits constitutifs de pratiques commerciales agressives, puis celles relatives au dessein visé par l'auteur des faits répréhensibles.
- À l'instar du droit européen, le droit développé aux États-Unis a encadré, par l'élaboration de statuts spéciaux, l'agressivité (§1)³³⁹. Mais ces droits statutaires se trouvent chapeautés par les mécanismes généraux de *common law* et l'agressivité ainsi définie sera constitutive de certains *torts* (§2)³⁴⁰.

§1 L'approche européenne à l'aune du droit états-unien.

- 132 L'agressivité, bien que ne constituant qu'une manifestation rare de la déloyauté des professionnels vis-à-vis des consommateurs, tant en France qu'outre-Atlantique, a néanmoins fait l'objet de réglementations tant sa présence dans une société civile développée où le commerce avait été considéré et développé comme vecteur de paix sociale apparaît inacceptable.
- En outre, la distinction des pratiques commerciales pouvant être qualifiées de déloyales du fait de leur agressivité de celles qui pourront l'être du fait de leur caractère trompeur notamment, n'est ni imperméable, ni *a fortiori* modifiable, d'autant plus que l'agressivité ici entendue le sera de manière suffisamment large pour qu'un ensemble, le plus grand possible, de comportements puissent être interdits et donc évités.

337. Directive 2005/29/CE : Art.8.

338. Étant précisé que l'expression de pratique commerciale agressive est empruntée à J. CALAIS-AULOY : voir J. CALAIS-AULOY, Les ventes agressives : D. 1970, chron. P. 37.

339. p. 92 sqq.

340. p. 119 sqq.

- 133** La directive 2005/29/CE encadre doublement les pratiques commerciales agressives en employant deux techniques différentes d'interdiction. La première est de dresser une liste des pratiques réputées agressives en toutes circonstances (I), et la seconde est l'emploi d'une clause générale permettant de qualifier une pratique qui n'entrerait pas dans la liste précédemment citée d'agressive (II).

I Les pratiques commerciales réputées agressives en toutes circonstances .

- 134** La directive donne une liste noire de huit pratiques réputées agressives en toutes circonstances, celles-ci sont numérotées de 24 à 31. Seront alors en toutes circonstances considérées comme agressives les pratiques commerciales suivantes :

- 24) Donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu.
- 25) Effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle.
- 26) Se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle. Cette disposition s'entend sans préjudice de l'article 10 de la directive 97/7/CE, et des directives 95/46/CE et 2002/58/CE.

- 135** Cette disposition fait explicitement référence aux faits de harcèlement, constituant une composante centrale de la notion de pratiques commerciales déloyales par leur caractère trompeur³⁴¹. Il est intéressant d'ailleurs de constater que la directive fait référence à des sollicitations non souhaitées sans pour autant déterminer les conditions de fixation de la volonté ou non des consommateurs de faire l'objet de telles sollicitations. Il appartiendra donc à chaque État de choisir entre un système d'*opt-in* ou d'*opt-out* permettant de déterminer quels seront les consommateurs pouvant être considérés sur le marché ouverts au démarchage³⁴². Enfin, il serait possible de combiner ces deux systèmes en permettant aux consommateurs d'être exclus sauf démonstration d'une volonté contraire (*opt-in*), et de pouvoir résilier ce choix (*opt-out*). En effet, la difficulté avec le mécanisme d'*opt-in* est qu'une pratique ne pourra pas être sanctionnée si le consommateur avait donné son numéro de téléphone³⁴³. Or, il peut arriver que ce dernier le donne sans s'attendre à de telles sollicitations. Dans de tels cas, il est d'une part nécessaire qu'il puisse être dans la

341. Voir en ce sens nos 148 sqq.

342. La France a d'ailleurs récemment fait le choix de la mise en place d'une liste d'opposition au démarchage téléphonique commercial. Voir Code de la consommation, art. L.121-34, issu de la Loi n° 2014-344, art. 9.

343. CULHANE J.L. JR., FURLETTI M.J., KAPSLINKI A.S. et BALLARD SPAHR LLP, « Voluntarily Providing Cell Phone Number Gives Text Message Consent under TCPA, California and Florida Federal Courts Rule »,

capacité de suspendre ces communications, et d'autre part, il serait possible de mettre en place une liste de personnes ne souhaitant pas être contactées ayant force obligatoire et primauté sur les souscriptions éventuelles.

C'est en réalité une solution proche de celle retenue par la directive 2002/58/CE modifiée par la directive 2009/136/CE³⁴⁴ qui après avoir interdit la communication sans accord préalable, autorise celle au profit des professionnels qui auraient obtenu de leurs clients leurs coordonnées à moins que ces derniers ne s'y opposent³⁴⁵.

Reste alors à savoir comment ces interdictions seront sanctionnées afin d'éviter de préjudicier les consommateurs. Ici, la FCC semble avoir trouvé une solution qui pourrait être particulièrement efficace, car agissant *a priori*³⁴⁶. Il s'agirait, selon sa proposition, de permettre aux opérateurs téléphoniques de bloquer les appels automatisés. Une telle action, *a priori*, aurait pour principal avantage de ne pas attendre que le délit soit commis, ce qui permettrait de sortir de toute logique de responsabilité, mais permettrait en outre d'associer les opérateurs téléphoniques à la protection des consommateurs ce qui pourrait *in fine* augmenter la confiance entre ces deux types d'agents économiques.

Finalement, une disposition de l'article L.121-34 du Code de la consommation provenant de la loi dite HAMON³⁴⁷ pose une difficulté particulière. Il s'agit de l'alinéa trois dudit article. En effet, si celui-ci interdit « la location ou la vente de fichiers contenant des données téléphoniques et comportant les coordonnées d'un ou plusieurs consommateurs inscrits sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique », il semble ne s'intéresser ici qu'à l'offre et non à la demande d'information. En ce sens, cet alinéa n'interdit que la vente et il est possible que la location considérée ne soit que celle du locataire non celle du bailleur. Il semble dès lors qu'il sera interdit à des professionnels français de se trouver vendeurs ou bailleur de fichiers contenant des données téléphoniques ou coordonnées de consommateurs opposés au démarchage, mais que rien ne leur interdira du moins de les acheter, et selon la définition retenue de la location, de les louer. Il semble alors que la Loi Hamon soit ici créatrice d'un déséquilibre de compétitivité pour les entreprises françaises qui ne pourront vendre ces informations, ce qui est parfaitement compréhensible, mais pourront tout de même se les fournir auprès de tiers étrangers.

Finalement, si ce déséquilibre ponctuel semble minime, il serait nécessaire à veiller, dans une société reposant de plus en plus sur la communication et l'étude des données person-

JD Supra, février 2014, <http://www.jdsupra.com/legalnews/voluntarily-providing-cell-phone-number-94964/>. Consulté le 26 août 2014.

344. Dir. 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

345. Dir. 2002/58/CE, du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), art.13.

346. FCC, *Wheeler proposal to protect and empower consumers against unwanted robocalls, texts to wireless phones*, 27 mai 2015, URL :http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2015/db0527/DOC-333676A1.pdf.

347. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

nelles, à ce que les entreprises françaises ne se retrouvent pas les seules à être obligées à se restreindre à la seule position de demandeuses d'informations. En effet, la protection des consommateurs serait anéantie en même temps que la compétitivité des entreprises françaises amoindrie.

- 27) Obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou s'abstenir systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels.
- 28) Dans une publicité, inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité. Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive 89/552/CEE sur la radiodiffusion télévisuelle.
- 29) Exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation, sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 97/7/CE (fournitures non demandées).

136 Il s'agit ici d'interdire les ventes sans commande préalable prohibées en droit français par les articles L.122-3 et suivants du Code de la consommation. En effet, étrangement, la loi du 17 mai 2011 a abrogé le 6° de l'article L.122-11-1 qui reprenait mot pour mot cette disposition et l'intégrait à la section V consacrée aux pratiques commerciales agressives. Ainsi le droit français est conforme au droit européen. En effet, l'article 27 de la directive 2011/83/UE, prévoyait-il que la victime d'une vente forcée telle que définie par la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs soit sanctionnée contractuellement par le non-paiement des produits reçus³⁴⁸. Cette position est par ailleurs reprise par le DCFR³⁴⁹.

137 Les droits statutaires américains prennent, eux aussi, en considération ce type de pratiques. En effet, selon le code de l'Arkansas par exemple, lorsqu'une marchandise est livrée à une personne qui n'en voulait pas, cette dernière dispose d'un choix : soit elle en refuse la livraison, soit elle la considère comme un cadeau et peut en user ou en disposer à sa guise, sans aucune autre obligation envers l'expéditeur³⁵⁰.

348. « Le consommateur est dispensé de l'obligation de verser toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée d'un bien, d'eau, de gaz, d'électricité, de chauffage urbain ou de contenu numérique, ou de prestation non demandée de services, en violation de l'article 5, paragraphe 5, et de l'annexe I, point 29, de la directive 2005/29/CE. Dans ces cas, l'absence de réponse du consommateur dans un tel cas de fourniture ou de prestation non demandée ne vaut pas consentement ».

349. Study Group on a European Civil Code et Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p., n° II.-3 :401.

350. Code of Arkansas, 4-86-103 ;

En outre, un bien ou service n'est considéré comme n'ayant pas été commandé tant que le destinataire ne l'a pas expressément demandé. Une personne n'est pas censée avoir commandé si elle omet de répondre à une invitation à faire connaître son refus de recevoir de tels produits³⁵¹.

- 30) Informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du professionnel seront menacés.

138 Cette pratique se trouve par ailleurs très proche de la pratique n° 15 présente dans la liste noire déclarant faussement que le professionnel est sur le point de cesser son activité (V. n° 216). La différenciation laisse alors suggérer qu'ici, le professionnel cherche *a minima* à émouvoir le consommateur alors que la pratique n° 15 chercherait à le tromper notamment sur les raisons des offres.

- 31) Donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait,
 - soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent,
 - soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût.

Voir de la même manière :

- Arizona Revised Statutes, §44-1222 ;
- California Business & Professions Code, §17603 ;
- Colorado Revised Statutes, 6-6-101 ;
- Delaware Code, §2505 ;
- Official Code of Georgia Annotated, §10-1-50 ;
- Hawaii Revised Statutes, §481B-1 ;
- Michigan Compiled Laws Service, §445.131 ;
- Minnesota Statutes, §325G.01 ;
- Missouri Revised Statutes, §407.200 ;
- North Carolina General Statutes, §75-27 ;
- 15 Oklahoma Statutes, §721 ;
- Rhode Island General Laws, §6-13-10 et §6-33-1 ;
- South Carolina Code Annotated, §39-1-50 ;
- South Dakota Codified Laws, §37-24-2 et Wyoming Statutes, §40-12-103, précisant toutefois que cette disposition ne s'applique pas s'il s'agit d'une erreur de livraison ou si la marchandise est livrée de bonne foi en substitution de la marchandise commandée.
- Vermont Statutes Annotated, §4401, reprenant l'exception d'erreur et précisant que celle-ci doit être notifiée dans un délai de vingt jours.
- Tennessee Code Annotated, §47-18-901 ;
- West Virginia Code, §47-11A-12a.

Enfin, une même considération existe au niveau fédéral où la section 39 USCS §3009 considère que l'envoi de marchandises non commandées ou de factures y afférent constitue une méthode de concurrence déloyale et une pratique commerciale déloyale.

351. Kansas Statutes Archive, §50-617.

139 Le parallèle doit ici être réalisé avec la pratique trompeuse reprise au point 20 de cette même annexe (Voir n° 218). Il s'agit alors d'interdire les pratiques agressives par lesquelles des professionnels donnent l'impression fausse que le consommateur a déjà gagné un prix, alors que l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande de ce prix nécessite que le consommateur supporte un coût quelconque, et ce, même si ce dernier se trouve négligeable³⁵².

140 Cela étant, il n'en demeure pas moins que la qualification d'agressive reste arbitraire. En effet, certaines de ces pratiques pourraient être qualifiées de trompeuses, qualification qui, au demeurant, leur serait plus proche.

Il en va ainsi des pratiques 27, 29, 30 et 31 qui viennent respectivement tromper le consommateur sur :

- les conditions nécessaires à l'exécution par le professionnel d'une obligation découlant du contrat le liant au consommateur ;
- l'obligation du consommateur de payer des produits qu'il n'a pas commandés ;
- la situation financière et personnelle du professionnel ;
- le gain à une loterie qui soit n'existe pas soit nécessite de la part du consommateur qu'il verse de l'argent.

D'ailleurs, le législateur espagnol a considéré la pratique 31, consistant à donner au consommateur la fausse impression qu'il « a gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait, soit, il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent, soit, l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût », comme une pratique promotionnelle trompeuse ou prédatrice³⁵³.

141 Concernant les autres pratiques, il est notable qu'uniquement la pratique 24 concerne une agressivité physique, même si la pratique 25 pourra, chez certaines personnes le faire craindre. Il sera donc pour le reste lieu de protéger le consommateur contre le harcèlement (pratiques 25 et 26), ou contre l'abus de faiblesse concernant les enfants (pratique 28). Cela étant, cet abus de faiblesse peut être relativisé par le rôle donné aux parents. En effet, cette pratique vise, soit les actes d'achats effectués par l'enfant, ceux-ci devront donc légalement être de faible valeur, soit les achats où les parents seraient persuadés par leurs enfants qui eux-mêmes ont été persuadés par la pratique commerciale. Ici, il est difficile de comprendre une telle protection visant en premier lieu les enfants, mais protégeant *in fine* les parents influencés par leurs enfants.

352. CJUE 18 octobre 2012 : BICC 1^{er} février 2013, n° 141 ; Dalloz actualité, 24 oct. 2012, obs. Astaix ; D. 2013. Pan. 948, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; JCP 2012, n° 1216, obs. PICOD ; RJDA 2013, n° 72 ; Gaz. Pal. 2012. 3488, obs. PIEDELIÈVRE ; RLDA déc. 2012. 54, note BERNADSKAYA ; Dr. et proc. févr. 2013, suppl. Droit de la consommation, p. 5, obs. DE LA ASUNCION PLANES ; RJ com. 2013. 150, obs. LELOUP ; Europe 2012, n° 508, obs. GAZIN.

353. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, art. 22.6.

Il semble que la vision paternaliste du droit de la consommation fasse encore ici montre de sa présence, et ce, malgré la faiblesse qu'il attache aux parents.

142 En outre, ces pratiques peuvent être classées selon les termes choisis par le législateur pour définir les modes d'agressivités pouvant être utilisés lors de pratiques commerciales. Ceci permet d'orienter le lecteur quant à l'interprétation à tirer de ces termes parfois nouveaux et souvent nébuleux.

Ainsi, peut être considéré comme des actes de harcèlement³⁵⁴ :

- le fait d'« effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle »³⁵⁵. Ainsi, alors que des dispositions existaient déjà pour protéger le consommateur qui avait contracté suite à un tel acte de harcèlement³⁵⁶, la directive vient ici le protéger avant même que le contrat ait été conclu, cette protection offerte *a priori* sera donc en principe plus efficace et permettra d'éviter au consommateur tous les dommages liés à la conclusion d'un contrat. Il sera donc protégé contre les actes de harcèlement proprement dit, mais la protection la plus évidente sera celle du professionnel concurrent. En effet, celui-ci pourra agir dès l'apparition des pratiques, et cela même si celles-ci n'ont pas apporté le succès souhaité par le concurrent déloyal. Le pont ainsi tracé entre le droit de la consommation et celui de la concurrence apparaît donc d'autant plus large ;
- le fait de « se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle. Cette disposition s'entend sans préjudice de l'article 10 de la directive 97/7/CE, et des directives 95/46/CE et 2002/58/CE »³⁵⁷. Il s'agit ici de protéger le consommateur, à son domicile, face aux agressions émanant de commerçants utilisant les outils technologiques d'une manière de plus en plus intrusive. Ici, le législateur espagnol est venu préciser en outre et au-delà de la directive que l'entreprise ou le professionnel devra utiliser lors de telles communications, des systèmes permettant au consommateur de déclarer son opposition à recevoir des propositions commerciales dudit professionnel, en outre, le numéro du téléphone utilisé, le cas échéant devra se trouver identifiable afin que le consommateur puisse exercer son droit d'opposition.

143 De la même manière, peuvent être considérés comme des actes de contrainte³⁵⁸ :

354. Il s'agit par ailleurs de la classification retenue par le législateur espagnol, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso.

355. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique 25.

356. L121-21 du Code de la Consommation français.

357. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique 26.

- le fait de « donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu »³⁵⁹ ;
- le fait d'« exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation, sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 97/7/CE (fournitures non demandées) »³⁶⁰. Il est remarquable en l'espèce d'une part, que le législateur a pensé à l'exception concernant les produits de substitution concernant les contrats de vente à distance, et d'autre part, qu'il interdise l'exigence de paiement des produits, il apparaît donc que l'envoi de produit gratuit, lui, demeure parfaitement légal³⁶¹ ;
- le fait d'« informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du professionnel seront menacés »³⁶² ;
- le fait de « donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait,
 - soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent,
 - soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût »³⁶³.

144 Enfin, peuvent être qualifiés d'actes d'influence injustifiée :

- le fait d'« obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou s'abstenir systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels »³⁶⁴ ;
- le fait de, « dans une publicité, inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité. Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive 89/552/CEE sur la radiodiffusion télévisuelle »³⁶⁵.

358. Le législateur espagnol ne considère comme acte de contrainte que la pratique 24 : v. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción.

359. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique 24.

360. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique 29.

361. G NOTTE, « loi n° 2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 23, 9 juin 2011, act. 291.

362. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique 30.

363. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique 31.

364. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique 31.

365. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique 28.

145 Cela dit, en dehors de ces pratiques réputées agressives en toutes circonstances, et parce que l'imagination des hommes est sans limites lorsqu'il s'agit de mal faire, la directive a introduit une clause générale permettant de qualifier d'agressives des pratiques commerciales sous certaines conditions. Ces conditions seront de deux sortes et l'on retrouvera ici le caractère éminemment pénal de la directive, qui, dans cette définition fait apparaître deux éléments constitutifs de l'infraction, tout d'abord l'élément matériel qui consisterait en « l'utilisation du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée », et ensuite l'élément moral qui est la volonté d'altérer de manière significative le comportement du consommateur.

II Les pratiques commerciales pouvant être qualifiées d'agressives .

146 Il s'agira ici, de manière traditionnelle en matière pénale, de qualifier d'une part, l'élément matériel de la pratique commerciale agressive (A), et d'autre part, son élément moral (B).

A L'élément matériel des faits constitutifs .

147 « Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »³⁶⁶.

Autrement dit, les faits de pratique commerciale agressive seront constitués si l'auteur de la pratique commerciale utilise le harcèlement, la contrainte, y compris physique, ou toute autre influence injustifiée. Cela étant, cette utilisation doit être prouvée dans son contexte factuel, et pour cela, la directive va jusqu'à préciser les éléments à prendre en compte pour déterminer si la pratique commerciale a eu recours à ces éléments d'agressivité³⁶⁷. Cette précision permet da-

366. Dir. 2005/29/CE, art. 8.

367. Dir. 2005/29/CE, art. 9 : Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée, les éléments suivants se trouvent en considération :

- a) le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance ;
- b) le recours à la menace physique ou verbale ;
- c) l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit ;
- d) tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur ;
- e) toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.

vantage de sécurité juridique, mais retire aux tribunaux d'autant plus de pouvoir d'appréciation. Toutefois, l'appréciation souveraine des juges du fond sera retrouvée lorsque ces éléments devront être combinés avec la prise en compte de « certaines caractéristiques, telles que l'âge, une infirmité physique ou mentale ou la crédulité »³⁶⁸ particulière d'un groupe de consommateurs visés. En effet, comme il l'a été rappelé précédemment³⁶⁹, lorsque la pratique commerciale visera un groupe particulier de personnes, et parce que l'appréciation doit s'exécuter *in concreto*, le consommateur moyen devra être qualifié selon ce groupe. Cette subtilité du législateur apporte à la directive une approche plus pragmatique mêlant appréciation *in abstracto* lors de la définition du consommateur moyen « normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques » du considérant 18, à une appréciation *in concreto* lors de la définition du consommateur moyen établi au sein d'un groupe de l'article 19. Il est intéressant, à ce titre, d'opérer un rapprochement avec l'article 1112 du Code civil³⁷⁰, qui lui aussi utilise cette double approche dans un domaine tout à fait semblable³⁷¹.

Ainsi, trois moyens permettent de qualifier une pratique commerciale d'agressive :

- le harcèlement (1) ;
- la contrainte (2) ;
- l'influence injustifiée (3).

1 Le harcèlement .

148 Au sens commun, le harcèlement est caractérisé lorsqu'une action est poursuivie de manière incessante au point de nuire à la vie privée de la victime. Juridiquement, en France deux types de harcèlement sont reconnus, d'une part, le harcèlement moral prohibé par le Code du travail depuis la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, et d'autre part, le harcèlement sexuel régit par les articles L.122-46 et suivants du Code du travail et 222-33 du Code pénal. Le harcèlement moral, qui est celui qui se rapproche le plus du harcèlement entendu par la directive, n'a pas été défini par le législateur. Cependant, celui-ci stigmatise « les agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »³⁷². Ainsi, rapproché à la présente matière, le harcèlement pourrait être défini comme des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie de la victime, et susceptibles d'altérer ses choix économiques.

368. Directive 2005/29/CE, considérant 19.

369. Voir *supra*, n°s 94 sqq.

370. Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

371. M. CANNARSA, « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel. - Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », La Semaine Juridique Édition Générale n° 36, 3 septembre 2008, I 180, §17.

372. Art. 222-33-2 C.Pen.

149 Deux caractères peuvent donc être rattachés à ce comportement, le premier consistant en la répétition et le second en l'intrusion au sein de la sphère de vie privée du fait de l'insistance³⁷³. Ainsi, il est évident qu'un démarchage trop intensif dans la répétition des actes, notamment par des appels téléphoniques, pourra être considéré selon le contexte factuel, comme un acte de harcèlement. Cela dit, il est vrai que le consommateur pourrait devenir victime de harcèlement sur le lieu habituel de l'opération commerciale, c'est-à-dire dans un établissement commercial, mais il se trouvera d'autant plus vulnérable que la pratique commerciale l'atteindra au sein de son domicile. C'est donc en effet, davantage le démarchage qui sera soumis à cette réglementation. Cette considération explique le fait que les législateurs européens aient pris en considération pour la détermination de l'agressivité et notamment du harcèlement « le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance »³⁷⁴. L'on voit donc ici un rappel des deux caractères évoqués plus haut, à savoir l'intrusion du fait de l'insistance et la répétition. En effet, alors que le moment, l'endroit et la nature font appel au caractère intrusif ou non de la pratique, la persistance quant à elle n'est autre que le caractère insistant. C'est pourquoi, la définition à laquelle certains auteurs renvoyaient le harcèlement, c'est-à-dire l'expression du Code de la consommation « sollicitations répétées et insistantes » ne saurait être suffisante pour définir parfaitement le harcèlement. En effet, l'insistance telle qu'utilisée dans cette expression constitue un terme trop vague, il peut très bien englober l'intrusion, mais peut aussi l'ignorer ; dans ce dernier cas il renverrait de manière redondante à la répétition. Cela dit, une simple référence à l'intrusion retirerait d'autant de matière à un autre fait d'agressivité dans la pratique commerciale que constitue l'usage d'une influence injustifiée³⁷⁵.

150 Une telle définition permet de protéger le consommateur non seulement contre les pratiques insistantes, mais aussi contre les pratiques intrusives du fait du caractère inattendu revêtu par celles-ci. Il en sera ainsi, notamment, d'un démarchage effectué le soir, bien après les horaires normaux de bureau, ou encore effectué le dimanche. Il est évident qu'ici, le consommateur aura d'autant plus baissé la garde que les concurrents, loyaux, ne seront pas présents du fait du respect si ce n'est de la loi sur le travail dominical³⁷⁶, des us et coutumes fixant les horaires de bureaux au niveau national. Il serait à ce titre judicieux de se référer à certains droits statutaires américains interdisant notamment les pratiques de démarchage téléphonique avant 8h du matin et après 21h³⁷⁷.

373. B. KEIRSBILCK, *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, op. cit., §502.

374. Dir. 2005/29/CE, art.9.a.

375. Voir *infra*, p. 111 sqq..

376. Art. 3132-3 CT : Dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche.

377. Florida Annotated Statutes, §501.616 ;
Hawaii Revised Statutes, §481P-3 ;
Missouri Revised Statutes, §407.1076 ;
Montana Code Annotated, §30-14-1412 ;
North Dakota Century Code, §51-28-05 ;
Nevada Revised Statutes Annotated, §598.0918 ;
Utah Code Annotated, §13-11-4 ;
Virginia Code Annotated, §59.1-511 ;

151 À ce titre, alors qu'il apparaît évident que le téléphone par son caractère immédiat ne retire pas aux actes de démarchage l'intrusion née, le courriel, par son caractère médiat peut exclure cette intrusion, ce média ne pourra donc, selon ce raisonnement, n'être soumis qu'aux règles concernant la répétition. Ainsi en est-il du *spamming*³⁷⁸. Cette pratique est caractérisée par l'excès, il s'agit d'un envoi massif de messages, soit, sur une boîte de messagerie électronique, soit, sur des médias de types forum de discussion. Ce type d'envoi massif de message est d'autant plus utilisé qu'il se trouve moins onéreux qu'une prospection par courrier ou encore par téléphone. C'est ainsi que le législateur californien déclarait³⁷⁹ qu'à peu près 40% de la totalité du trafic de courriels aux États-Unis était composés de courriels indésirables, qu'au-delà du caractère désagréable de telles pratiques, il s'agissait en outre d'un drain croissant pour les entreprises et d'une menace pour l'outil Internet. Les sondages indiquaient alors que 74% de la population voulait interdire les spams et que 80% considéraient cette pratique comme ennuyeuse. En outre, selon le groupe FERRIS RESEARCH INC. de San Francisco, cette pratique coûtait alors plus de 10 milliards de dollars par an en incluant la perte de productivité, les nécessités de matériel supplémentaire, ainsi que la main d'œuvre nécessaire pour lutter contre ce problème. La Californie représentant 12% de la population états-unienne et mettant l'accent sur les entreprises de technologies estimait alors le coût à plus de 1,2 milliard de dollars. Concernant les consommateurs, le *spamming* impose, outre une perte de temps, des surcoûts créés par une nécessité d'obtenir une boîte de réception de courriels plus grande, une bande passante informatique plus performante, et des logiciels de lutte contre les virus, dont la prolifération est accélérée par cette technique, plus puissants.

152 L'expansion de cette pratique s'explique par le fait qu'aucune personne ou entité n'administre Internet, de la même manière il n'y a aucune autorité qui gouverne Internet, même si certaines règles ont été établies pour limiter certains usages des ordinateurs et en particulier de la communication en ligne³⁸⁰.

Cela étant, ces règles dépendent de la coopération des utilisateurs et n'est pas légalement exécutoire. De nombreux efforts privés ont été mis en œuvre pour contrôler le *spamming*, y compris la demande des utilisateurs ou des fournisseurs d'accès de cesser ces agissements.

153 Le combat était déjà lancé contre ce procédé par les magistrats du fond qui s'appuyant sur le contrat de fourniture d'accès à Internet pouvaient, en empêchant un tel accès à Internet,

Revised Code of Washington, §19.158.040.

Cette plage horaire est modifiée en Indiana n'autorisant les appels qu'entre 9h du matin et 20h : Burns Indiana Code Annotated, §24-5-14-8 ;

Et Au Nouveau-Mexique ne les autorisant qu'entre 9h et 21h : New Mexico Statutes Annotated, §57-12-22 ;

Idem pour l'Oklahoma : 15 Oklahoma Statutes, §755.1.

378. L. MARINO, « La bonne conduite sur Internet : ne pas spammer ! », Recueil Dalloz, 2002, p. 1544.

E. LABBE, « Spamming en cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autorégulation », Mémoire de maîtrise, Univ. Montréal, 1999.

379. California Business & Professions Code, §17529.

380. HAWLEY A.E., « Taking spam out of your cyberspace diet : Common Law applied to bulk unsolicited advertising via electronic mail. », University of Missouri-Kansas City Law Review, vol. 66, n° 381, Winter 1997.

empêcher l'exercice de telles pratiques³⁸¹. Cette offensive avait été suivie par les fournisseurs d'accès à Internet eux-mêmes qui, grâce à l'emploi de clauses résolutoires, pouvaient se passer de toute action judiciaire et couper l'accès Internet d'utilisateurs malveillants.

Il s'agissait donc ici d'une approche autorégulatrice proche d'un acte de justice privée ayant cependant un effet sur l'ensemble des utilisateurs d'Internet, protégeant ainsi leur « tranquillité »³⁸², ou même à leur propriété privée³⁸³. Il s'agit en outre ici de l'application d'une règle découlant du code de bonne conduite sur Internet appelé la *Nétiquette*. Il ne s'agirait donc ici que de consacrer les règles déontologiques actuelles.

Cela étant, il convient de préciser que la loi du 9 juillet 2004³⁸⁴, a interdit dans son article L.34-5 « la prospection directe au moyen de systèmes automatisés d'appel ou de communication, d'un télécopieur ou de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique, abonné ou utilisateur, qui n'a pas exprimé préalablement son consentement à recevoir des prospections directes par ce moyen ». Cependant, cette interdiction est aussitôt limitée par l'autorisation de la prospection directe par courrier électronique lorsque les coordonnées du destinataire ont été recueillies auprès de lui³⁸⁵. Il sera alors nécessaire que de telles pratiques offrent la possibilité au destinataire de faire connaître sans coût supplémentaire sa volonté d'être exclu des listes de diffusion.

De la même manière, récemment, l'OPC³⁸⁶ du Canada a publié un guide à propos du *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA) précisant que, pour ne pas être considéré comme *spam*, le courriel doit être émis à des adresses ayant été confiées par les consommateurs à fin expresse de recevoir lesdits courriels³⁸⁷.

- 154** Le harcèlement en tant que tel n'est pas pris en compte par les *economic torts*, cependant, le *tort of harassment* existe bel et bien, celui-ci se trouve très proche du délit de harcèlement français prenant principalement en compte le harcèlement sexuel et celui ayant lieu sur un lieu de travail. Mais, celui-ci est considéré comme un *tort of nuisance*, au même titre que la pollution de l'air ou de l'eau³⁸⁸, et non comme un *economic tort*. En effet, cette position s'explique très bien par le fait que ce *tort* nuit d'abord à la personne avant d'avoir un quelconque impact sur son patrimoine. Cela n'empêche cependant pas, certains Droits statutaires américains de le prendre

381. TGI Paris, 15 janvier 2002, D. 2002, AJ p. 1138, obs. MANARA.

382. CNIL, Le publipostage électronique et la protection des données personnelles, Rapport du 14 octobre 1999, p. 10.

383. Cour suprême de Californie, Décembre 2001, *Kourosh Kenneth Hamidi c/ Intel*.

384. L. n° 2004-669 du 9 juill. 2004, art. 10-I ;
Ord. n° 2011-1012 du 24 août 2011, art. 8-I.

385. « L'envoi de publicité commerciale par voie électronique (mail, fax, SMS, etc.) ne peut intervenir sans accord préalable du destinataire, et ce, de manière explicite, conformément aux dispositions de l'art. L. 34-5 CPCE ». Délib. CNIL, 12 janv. 2012 : Dalloz actualité, 19 janv. 2012, obs. DELPECH ; RJDA 2012, n° 437.

386. Pour *Office of the Privacy Commission*.

387. Pour une publication du guide, voir https://www.priv.gc.ca/resource/op-vpel/casl_guide_e.asp.

388. DOBBS D.B., *The law of torts*, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series).

en considération pour qualifier une pratique commerciale de déloyale. Par exemple, le Code de Columbia qualifie de déloyale la pratique consistant à harceler ou menacer un consommateur de tout acte autre que ceux légalement autorisés, que cette menace soit effectuée par téléphone, carte ou lettre³⁸⁹.

155 Cela étant, l'exemple du *spamming* offre une ouverture quant à la prise en compte de ce type de harcèlement par les *economic torts*. En effet, deux champs de la *common law* réagissent face à cette pratique, il s'agit tout d'abord du droit de la propriété sous le visa du *trespass to chattels*, c'est-à-dire de l'intrusion de bien mobiliers. En effet, le *chattel* représente un bien meuble faisant partie de la propriété privée d'une personne, pour sa part, le *trespass* peut être traduit comme une intrusion.

Or, le *Restatement* identifie deux types d'intrusion³⁹⁰ :

- Déposséder un autre de sa propriété ;
- Utiliser ou s'immiscer dans le bien d'un autre ; dans ce dernier sens, envoyer des courriels indésirables interfère avec les intérêts de propriétaire de l'utilisateur et du fournisseur d'accès à Internet.

Il s'agit ensuite des *economic torts*. En effet, ce type de pratique peut être pris en considération sous le visa de la *tortious interference with business relation*, pouvant être traduite comme l'interférence délictuelle dans les relations d'affaires d'un autre.

Celle-ci requiert de montrer une intention de perturber la relation en utilisant des moyens abusifs qui se traduisent *in fine* par la rupture du contrat, la perte d'opportunités d'affaires, ou des difficultés de performance³⁹¹.

Les affaires d'interférence peuvent être classées de différentes manières et le *Restatement* les classe autour de quatre modèles :

- L'auteur induit la violation ou interfère autrement avec les performances de la victime par le biais d'un cocontractant. Il s'agira par exemple du débauchage d'un salarié ;
- L'auteur rend les performances de la victime impossibles ou plus difficiles. Il s'agira par exemple d'un locataire qui utiliserait son droit de céder son bail rendant la vente par le propriétaire impossible ;
- L'auteur interfère avec les prospects ou opportunités qui ne se sont pas encore engagés avec la victime. Il s'agit ici d'interférences avec des avantages prospectifs ou opportunités ;

389. District of Columbia Official Code, §28-3904 ;

De la même manière, Hawaii Revised Statutes, §481P-3 ;

Missouri Revised Statutes, §407.1076 ;

Montana Code Annotated, §30-14-1412 ;

North Carolina General Statutes, §75-52 ;

Nevada Revised Statutes Annotated, §598.0918 ;

Oregon Revised Statutes, §646.639 ;

West Virginia Code, §46A-6F-601, sanctionnant au même titre l'utilisation d'un langage vulgaire ou obscène.

390. Restatement, Second, Torts, §218 (1965)

391. Restatement, Second, Torts, Div. 9, Ch. 37, Intro. Note (1979)

— Enfin, l'interférence par négligence.

Cela dit, quelle que soit la forme de l'interférence, il est traditionnellement fait recours à la démonstration de *prima facie* de l'interférence intentionnelle et inconvenante avec les contrats de la victime ou ses opportunités économiques.

156 Quant à l'intention, celle-ci est définie comme le désir pour l'auteur, de « causer les conséquences de son acte »³⁹², que ce dernier agisse en sachant que ces conséquences sont certaines ou presque. Faisant ainsi la démonstration de l'importance de l'objectif dans la détermination de l'intention. En effet, pour que sa responsabilité soit engageable, l'auteur doit désirer les effets, ou du moins savoir que ces effets vont survenir, et non pas uniquement l'acte³⁹³. C'est ainsi que pour qualifier une interférence de délictuelle (*tortious*), les Cours devront étudier plusieurs facteurs. Le *Restatement*³⁹⁴ a soulevé sept facteurs permettant de qualifier une interférence d'inconvenante (*improper*), ceux-ci sont notamment suivis par les Cours d'Arkansas, du Minnesota, ou encore du Dakota du Sud³⁹⁵ et sont :

- la nature de la conduite de l'auteur ;
- la motivation de l'auteur ;
- les intérêts avec lesquels, la conduite de l'auteur interfère ;
- les intérêts recherchés par l'auteur ;
- la mise en balance de l'intérêt social protégeant la liberté de l'auteur et des intérêts contractuels de l'autre ;
- la proximité ou l'éloignement entre la conduite de l'auteur et l'interférence ;
- les relations entre les parties.

Autrement dit, l'interférence sera délictuelle si elle remplit la double condition d'être à la fois volontaire, et inconvenante, la volonté sera étudiée à l'aune de l'acte et l'inconvenance à l'aune de la relation entre l'auteur et la victime et de la motivation de l'auteur. Cette double condition est rappelée, notamment, par les juridictions du Colorado³⁹⁶, et est pragmatiquement précisée par celles de l'Iowa affirmant que lorsque l'auteur poursuit plusieurs objectifs dont l'un peut être qualifié d'inconvenant, ce dernier pourra prédominer pour créer la responsabilité³⁹⁷. L'inconvenance rejoint alors la notion de *malice* qui selon les juges de Louisiane peut être plaidée³⁹⁸,

392. *Restatement, Second, Torts*, §8 (1965).

393. *Restatement, Second, Torts*, §766, cmt. j (1979).

394. *Restatement, Second, Torts*, §767 (1979).

395. *Hunt v. Riley*, 322 Ark. 134, 141, 817 S.W.2d 877, 881 (1991) ;
Mason v. Wal-Mart Stores, Inc., 333 Ark. 3, 969 S.W.2d 160 (1998) ;
R.A., Inc. v. Anheuser-Busch, Inc., 556 N.W.2d 567, 571 (Minn. Ct. App. 1993) ;
Dykstra v. Page Holding Co., 766 N.W.2d 491, 499-500 (S.D. 2009).

396. *Campfield v. State Farm Mut. Auto Ins. Co.*, 532 F.3d 1111 (10th Cir. 2008) ;
Westfield Dev. Co. v. Rifle Inv. Assos., 786 P.2d 1112 (Colo. 1990) ;
Memorial Gardens, Inc. v. Olympian Sales & Mgmt. Consultants, Inc., 690 P.2d 207 (Colo. 1984).

397. *Wiley v. Riley*, 541 N.W.2d 527 (Iowa 1995) citant *Harsha v. State Sav. Bank*, 346 N.W.2d 791, 799 (Iowa 1984).

398. *Brown v. Romero*, 2006 WL 234115 (La. App. 3d Cir. 2/1/2006) ;

et selon les Cours du Kentucky peut être inférée du manque de justifications de l'action de l'auteur. En effet, l'inconvenance ne sera jamais catégorisée si l'auteur avait raisonnablement agi ou avait des intérêts légitimes à protéger³⁹⁹. Autrement dit, la *tourtiuous interference* est basée sur l'idée que le droit d'influencer d'autres personnes ne demeure pas absolu⁴⁰⁰.

Parallèlement, les juridictions du Connecticut permettent de caractériser l'agissement comme étant délictuel par la preuve que l'auteur est coupable de *fraud*, *misrepresentation*, *intimidation* ou *molestation*, ou que l'auteur a agi de manière malveillante (*maliciously*)⁴⁰¹.

Enfin, selon les Cours d'Ohio, la charge de la preuve de cette inconvenance portera sur la victime de la pratique⁴⁰².

157 L'interférence peut porter sur plusieurs éléments.

- L'interférence avec les performances d'un contractant. Or, le *spamming* atteint les performances du fournisseur d'accès à Internet. En effet, de telles pratiques influent sur les ressources consommées par ces fournisseurs, bien sûr, ces derniers peuvent réagir, mais une réaction nécessitera l'engagement de moyens financiers qui resurgiront sur les consommateurs ce qui reviendra encore une fois à atteindre les performances du fournisseur d'accès à Internet. En outre, les Cours ont abaissé le standard d'intention⁴⁰³. En effet, la conduite est indépendamment illicite et il ne fait aucune différence que l'auteur ne voulait pas les ruptures de contrats ou qu'il soit désolé des conséquences nécessaires de ses agissements.
- L'interférence avec des avantages commerciaux éventuels. En effet, l'acteur qui utilise de telles pratiques interfère nécessairement avec les relations commerciales potentielles de ses concurrents. Selon le *Restatement*, « celui qui intentionnellement et abusivement interfère avec les perspectives de relations commerciales d'autrui [...] est soumis à une responsabilité envers l'autre pour le préjudice pécuniaire résultant de la perte des bénéfices de la relation »⁴⁰⁴. Ici, la rupture du contrat n'est pas nécessaire, la responsabilité est basée sur un contrat prospectif, ce qui rend le calcul des dommages hautement spéculatif, car les négociations précontractuelles peuvent cesser pour de multiples raisons. Cela étant, cette disposition est suivie par les juridictions de certains États dont notamment le Minnesota, l'Oklahoma, ou encore le Vermont⁴⁰⁵.

JCD Marketing Co. v. Bass Hotels & Resorts, Inc., 812 So. 2d 834 (La. App. 4th Cir. 2002).

399. *NCAA v. Hornung*, 754 S.W.2d 858, 859 (Ky A988).

400. *Junior Money Bags, Ltd. v. Segal*, 970 F.2d 10 (5th Cir. 1992) ;
Ustica Enters, Inc v. Costello, 434 So. 2d 127 (La. App. 5th Cir. 1983).

401. *Larsen Chesley Realty Co. v. Larsen*, 232 Conn. 480, 502 n. 24 (1995).

402. *Super Sulky, Inc. v. United States Trotting Ass'N*, 174 F.3d 733, 742 (6th Cir. 1999), citant *Kenty v. Trans-america Premium Ins. Co.*, 72 Ohio St. 3d 415, 650 N.E.2d 863 (1995).

403. *Restatement, Second, Torts*, §767 (1979)

404. *Restatement, Second, Torts*, §766B (1979)

405. *United Wild Rice, Inc. v. Nelson*, 313 N.W.2d 628, 632, 633, (Minn. 1982) ;
Wilspec technologies, Inc. v. DunAn Holding Group, 2009 OK 12, 204 P.3d 69 ;
Field v. Costa, 2008 VT 75, 25, 27.

158 Enfin, les droits statutaires américains portent une attention particulière aux démarchages non sollicités utilisant notamment les courriels⁴⁰⁶. Cette protection est élargie non seulement à une lutte contre la publicité indésirable, mais aussi contre la pornographie⁴⁰⁷. Ainsi, un courriel sera considéré comme indésirable, soit lorsque la personne qui le reçoit n'a aucune relation commerciale avec l'expéditeur, soit, lorsqu'elle n'a pas donné sa permission à de tels envois, ou *a fortiori* lorsqu'elle aura fait connaître à l'expéditeur sa volonté de ne plus recevoir ce type de messages.

159 Parallèlement, certains États ont défini ce que sont des courriels indésirables⁴⁰⁸. Il s'agira notamment de courriels autres que ceux envoyés en réponse au destinataire, envoyés à au moins deux personnes dans l'État, sans que les destinataires n'aient déjà de relation commerciale avec l'expéditeur, et qui ont pour but de :

- proposer des biens ou services à vendre ou à louer ;
- transmettre des informations sur des biens ou services à vendre ou à louer ;
- transmettre des informations sur l'octroi de crédits ;
- ou enfin solliciter des dons de charité.

160 Pour sa part, le démarcheur téléphonique fera, dans la plupart des États, l'objet d'une obligation de déclaration afin d'obtenir une licence lui permettant les sollicitations téléphoniques⁴⁰⁹. Cette licence ne lui permettra cependant pas d'agir à sa guise et de nombreux actes sont considérés comme illégaux lors d'un tel démarchage ; ainsi en sera-t-il notamment du fait d'exiger ou d'annoncer une préférence pour un paiement par carte de crédit, d'embaucher ou de soustraire à des personnes n'ayant pas obtenu l'agrément, de bloquer les mécanismes permettant

406. Statutes of Alaska, Sec. 45.50.479 ;
 Code of Arkansas, 4-88-603 ;
 Arizona Revised Statutes, § 44-1372.01 ;
 California Business & Professions Code, §17529.2 sqq. ;
 Idaho Code, §45-603E ;
 §815 Illinois Compiled Statutes 511/15 ;
 Burns Indiana Code Annotated, §24-5-22-8 ;
 Kansas Statutes Archive, §50-6,107 ;
 Maine Revised Statutes, §1497 ;
 Michigan Compiled Laws Service, §445.2503 ;
 Minnesota Statutes, §325F.694 ;
 New Mexico Statutes Annotated, §57-12-23 ;
 15 Oklahoma Statutes, §776.1 sqq. ;
 South Dakota Codified Laws, §37-24-6.

407. Obligeant notamment les expéditeurs de courriels à caractère sexuel à placer dans la ligne d'objet (parfois obligatoirement parmi les huit ou quatre premiers caractères), l'expression « ADV :ADLT » pour publicité pour adulte, ou simple de « ADV » pour publicité. Une telle intégration permet un filtrage plus aisé des courriers d'un tel type.

408. Voir notamment : Maine Revised Statutes, §1497 ;
 Montana Code Annotated, §30-14-1501.

409. Code of Alabama, §8-19A-5 ;
 Code of Arkansas, 4-99-104 ;
 Arizona Revised Statutes, §44-1272 ;
 Colorado Revised Statutes, 6-1-303.

au consommateur de savoir qui est l'appelant. En outre les États sont tenus d'établir une liste des personnes ne souhaitant pas être démarchées par téléphone, cette liste doit, bien sûr, être respectée par les démarcheurs agréés⁴¹⁰.

- 161** Enfin, certains États encadrent le démarchage au sens large du terme parlant alors de *Home solicitation sale*. Ainsi en est-il notamment de la Floride qui définit ce type de pratique comme des ventes ou locations de biens de consommation ou de services dont le prix d'achat excède les 25 \$, ce qui inclut tous les intérêts, frais de service, frais financiers, affranchissement, fret, assurance et service ou frais de manutention, que ce soit sous contrats simples ou multiples [...] effectuées à un endroit autre que celui où le vendeur a placé son établissement commercial »⁴¹¹.
- 162** Plusieurs remarques s'imposent donc, tout d'abord il ne s'agit contrairement à ce que son intitulé pourrait laisser penser, pas que d'encadrer les ventes, ensuite, le montant minimal de 25 \$ toutes charges comprises est relativement réduit, ce qui permet d'appréhender un maximum de pratiques, enfin, contrairement à son intitulé, il s'agit d'encadrer les prestations se déroulant dans tout lieu autre que l'établissement commercial et non pas uniquement au domicile du démarché. Évidemment seront exclues les prestations réalisées de manière « loyale » (le mot étant cité) et/ou dans des endroits similaires aux lieux habituels de vente, location ou autres démonstrations commerciales. En effet, ce n'est pas tant le lieu qui importe en l'espèce, mais la balance entre la liberté du commerce et le respect de la vie privée et de la tranquillité des consommateurs. En outre, cette balance doit être combinée à l'obligation de loyauté et le citoyen doit se trouver dans son habit de consommateur lorsqu'il est soumis à de telles pratiques. Il s'agira ici d'imposer par cette loyauté, une sorte d'égalité des armes évitant la surprise, ou encore la considération avec légèreté des actes du prospecté. Le parallèle avec la directive apparaît donc ici aisément réalisable. En effet, contrairement à la publicité entendue en son sens le plus commun, ici le consommateur se trouve dans une situation d'achat, celle-ci demeure donc plus délicate que la simple invitation à l'achat encadrée par la directive, ce qui impose donc un encadrement plus strict. C'est pourquoi d'une part lors de tous les démarchages, les démarcheurs devront signaler leur intention commerciale⁴¹², et d'autre part la protection relative au démarchage téléphonique pourra être élargi au téléphone mobile du consommateur⁴¹³.

410. Code of Alabama, §8-19C-2 ;
 Code of Arkansas, 4-99-404 ;
 Arizona Revised Statutes, §44-1272 ;
 California Business & Professions Code, §17591 ;
 Colorado Revised Statutes, 6-1-904 sqq. ;
 Florida Annotated Statutes, §501.059 ;
 Burns Indiana Code Annotated §24-4.7-3-1 ;
 Montana Code Annotated, §30-14-1602 ;
 North Carolina General Statutes, §75-102 ;
 New Hampshire Revised Statutes Annotated, 359-E :8 ;
 Oregon Revised Statutes, §646.568.

411. Florida Annotated Statutes, §501.021.

412. Au même titre que les publicités doivent être distinctes des autres programmes.

413. V. not. Florida Annotated Statutes, §501.059.

Cette législation apparaît donc, du point de vue de son champ d'application, très proche de celle connue en France.

Outre le harcèlement, le consommateur, face à un professionnel ayant choisi la technique commerciale de l'agressivité, peut être victime de contrainte.

2 La contrainte .

163 Alors que le harcèlement se trouvait d'autant plus prégnant lors de pratiques commerciales venant chercher le consommateur dans sa résidence, la contrainte, pourra tout aussi bien être présente au domicile du consommateur qu'en dehors de celui-ci. Celle-ci se rencontrera même d'autant plus que le consommateur ne sera pas chez lui, ou même qu'il ne sera pas dans les locaux commerciaux du professionnel. En effet, les foires et salons constituent des exemples de lieux où ce type de pratiques pourra particulièrement bien s'illustrer⁴¹⁴.

164 La contrainte doit être entendue comme une pression exercée sur les consommateurs afin, par exemple, que celui-ci contracte. Ainsi que l'indique la directive, cette menace peut être physique ou verbale⁴¹⁵. C'est pourquoi l'article 8, après avoir mentionné la contrainte, précise, « y compris le recours à la force physique ». Cette précision induit donc, que la contrainte peut être physique bien sûr, mais aussi, et surtout psychologique. Encore une fois dans de nombreux cas, cette contrainte semble pouvoir être incluse dans le terme plus général d'influence injustifiée, mais ne sera retenue ici qu'une définition étroite des différents moyens d'agressivité afin d'éviter que ceux-ci ne se concurrencent tout en permettant une couverture totale de l'agressivité possible.

165 En définitive, la contrainte peut être entendue comme la violence de droit commun français, vice de consentement reconnu par les articles 1109 et suivants du Code civil. À ce titre, le Code civil affirme qu'il y a violence, « lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »⁴¹⁶.

Ainsi, la haute juridiction a rejeté un pourvoi sous motif que « la menace de l'emploi d'une voie de droit ne constitue une violence que s'il y a abus de cette voie de droit soit en la détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif »⁴¹⁷. Cette affirmation jurisprudentielle se rapproche donc de l'élément devant être pris en compte selon la directive pour déterminer si une pratique commerciale recourt à l'agressivité qu'est « toute menace d'action alors que cette

414. Rép. Min. n° 71983 à M. CARAYON : JOAN Q, 23 mars 2010, P.3321.

415. Dir. 2005/29/CE art.9.b.

416. Art. 1112 C.Civ

417. Cass. Civ. 3^e, 17 janvier 1984 : Bull. civ. III, n° 13.

action n'est pas légalement possible »⁴¹⁸. Il s'agira alors d'effectuer une distinction entre les menaces légitimes et illégitimes.

166 Il en est de même pour « tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur »⁴¹⁹. Cette disposition peut, elle aussi, être rapprochée d'une des applications jurisprudentielles de la violence de l'article 1112 du Code civil. Il s'agira sur ce point de l'exploitation de l'ignorance. Cela dit, il est important de préciser que la violence comme le vice du consentement ne pourra par définition, se présenter, uniquement dans la phase précontractuelle et *in contrahendo*. Or en l'espèce, l'élément soulevé par la directive vise une pratique post-contractuelle, il s'agit ici de la nécessaire bonne foi dans l'exécution du contrat, ou de l'obligation générale de loyauté contractuelle telle qu'affirmée par l'article 1134 du Code civil⁴²⁰.

167 La phase dans laquelle se situe la pratique peut donc être considérée comme un élément permettant de fixer le moyen d'agressivité utilisé par l'auteur de la pratique commerciale. Ainsi, la contrainte telle qu'elle a été, présentement définie, ne semble *a priori* ne faire office que d'un synonyme de la violence comme vice du consentement⁴²¹, pour sa part, le harcèlement, bien que pouvant être qualifié lui aussi de violence⁴²², et donc de contrainte, devrait être une notion à part, se caractérisant par l'insistance et l'intrusion. Enfin l'influence injustifiée ne tiendra lieu que d'une catégorie résiduelle des éléments pouvant caractériser l'agressivité.

168 Cette violence, et notamment la violence physique, est évidemment prohibée par les droits statutaires américains. Par exemple le droit d'Oregon interdit-il qu'un agent de recouvrement utilise ou menace d'utiliser la force ou la violence pour causer un dommage corporel au débiteur, à l'un des membres de sa famille ou à l'un de ses biens⁴²³. Il est cependant évident qu'il s'agit là de pratique quasi mafieuse dont le caractère grossier et évidemment aisément sanctionnable les rend d'autant plus rares.

418. Dir. 2005/29/CE art.9.e.

419. Dir. 2005/29/CE art.9.d.

420. Art 1134 C.Civ. : Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

421. V. *a contrario*, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation ; janvier 2008 - décembre 2008 », Recueil Dalloz, 2009, p. 393. Selon lesquelles, « d'un point de vue de droit civil, ce nouveau vice d'agressivité s'apparente à la violence quant à l'un de ses éléments constitutifs : la contrainte, mais s'en démarque quant à ses effets : la violence doit être déterminante du consentement lors de la conclusion du contrat, là où l'agressivité a pu, ne serait-ce que potentiellement, altérer la volonté du consommateur au stade précontractuel ou lors de la formation du contrat, ou encore lors de son exécution ».

422. Cass. Soc., 30 novembre 2004 : Bull. civ. V, n° 303 ; D. 2005. IR. 14 ; RDC 2005. 378, obs. RADE. Pour le harcèlement sexuel.

423. Oregon Revised Statutes, §646.639.

3 L'influence injustifiée .

169 Il s'agit ici encore une fois d'une pression exercée sur le consommateur. L'article 2.j de la directive propose une définition de l'influence injustifiée ; il s'agit donc de « l'utilisation d'une position de force vis-à-vis du consommateur de manière à faire pression sur celui-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative ».

170 Alors que la contrainte était l'utilisation de la violence physique ou morale, il apparaît ici que le comportement consiste en l'utilisation d'une position de force.

En effet, tel que l'affirment les Professeurs BIRKS et NYUK-YIN, dépendance et influence sont les deux faces d'une même pièce⁴²⁴. Cela suppose donc d'une part une position de force et d'autre part l'utilisation déloyale de cette position. D'un autre point de vue, cela implique d'une part une position de faiblesse, et d'autre part l'utilisation abusive de cette position.

Ainsi défini, ce comportement peut être assimilé à l'abus de faiblesse des articles L122-8 et suivants du Code de la consommation français⁴²⁵. Cela dit, dans l'acceptation d'une telle assimilation, la nuance avec la contrainte serait d'autant plus mince, ce qui plaiderait en faveur d'une classification des mécanismes d'agressivité commerciale sous forme de poupées russes. D'autre part, si tel était le cas, le législateur français n'aurait pas transposé les dispositions de la directive relatives aux pratiques commerciales agressives dans la Section 5 du Chapitre II du Titre II du Livre premier du Code de la consommation (articles L122-11 à L122-15), tout en laissant la Section 4 relative à l'abus de faiblesse (articles L122-8 à L122-10). En outre, lors de l'étude des pratiques réputées agressives en toutes circonstances, la pratique s'approchant le plus de l'abus de faiblesse serait la pratique n° 24 : « donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu ». En effet, il a été jugé que l'organisation par un professionnel d'excursions pour personnes âgées au cours desquelles celles-ci sont contraintes d'assister à des démonstrations commerciales (et donc de pénétrer dans une relation commerciale) de vêtements censés soigner les rhumatismes (donc les ciblant) était constitutive d'un abus de faiblesse⁴²⁶. Cela étant, une différence reste fondamentale entre la pratique ainsi jugée et la pratique visée par la directive. En effet, la pratique jugée visait des personnes en état de faiblesse, des personnes âgées, là où la directive ne distingue pas. Cette pratique viendrait donc compléter et par la même occasion renforcer l'incrimination de l'abus de faiblesse en ne demandant aucune démonstration de situation de faiblesse.

Ainsi, en renversant la lecture de la vision traditionnelle de l'abus de faiblesse et en créant ainsi un abus de position de force, n'étant pas sans rappeler l'abus de position dominante du

424. BIRKS P. et NYUK-YIN C., « On the nature of Undue Influence. », in J. BEATSON et D. FRIEDMANN (dirs.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995, p. 57 sqq.

425. Voir not. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, mars 2014.

426. Cass. Crim. 1^{er} février 2000, n° 99-84.378, Bull. crim. N° 52, D. 2000. 198, obs. RONDEY, RTD com. 2000. 741, obs. BOULOC, Dr. pénal 2000, comm. 59, obs. ROBERT, CCC 2001, comm. 14, obs. RAYMOND.

droit de la concurrence, la directive offre une protection étendue aux consommateurs face aux pratiques commerciales agressives.

171 Concernant la position de force, celle-ci peut apparaître dans diverses matières. Si l'on se réfère à ARISTOTE, pour qu'une situation soit juste, il faut que celle-ci soit égalitaire⁴²⁷, cette égalité peut être arithmétique lorsque les rapports sont effectués entre des personnes ou des choses comparables, mais aussi géométrique lorsque les choses ou les personnes ne sont pas comparables. Or en l'espèce, dans une relation commerciale, un consommateur n'est pas l'égal d'un professionnel et il convient de rétablir l'égalité entre ces deux personnes. Au même titre que le droit du travail vient rétablir l'égalité entre l'employé et l'employeur, le droit de la consommation vient la rétablir entre le consommateur et le producteur ou vendeur.

172 L'inégalité peut provenir de différents endroits, mais puisque l'objet de cette thèse demeure le droit, il ne sera ici sujet que des inégalités concernant ce droit. Bien sûr, les parties au contrat seront, telles qu'elles le sont dans la société civile, c'est-à-dire égales. Cela étant, leur différence viendra de leur connaissance du droit et de l'information qui leur parvient en général.

Deux exemples seront donc tirés de la directive elle-même :

— Il s'agira tout d'abord de « l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit »⁴²⁸. En effet, les consommateurs se trouvent l'objet de nombreux fichiers commerciaux qui pour un ciblage plus efficace de la clientèle relèvent une multitude de données sur ceux-ci. Ces données peuvent être recueillies de différentes manières et sont parfois données de plein gré par les personnes, mais parfois obtenues de manière plus opaque. En tout état de cause, il est aisé pour le professionnel d'exploiter des données concernant le consommateur pour lui proposer des produits pouvant l'intéresser et cela n'est pas nuisible en soi. En effet, utilisé, à bon escient, cela permet, d'une part, au professionnel d'être plus compétitif et d'adapter sa stratégie commerciale et ses produits à une clientèle mieux connue, et d'autre part, au consommateur de n'être démarché, s'il ne faut parler que du démarchage, que pour des produits par lesquels il pourrait être particulièrement intéressé.

173 Cela dit, et comme le précise la directive, la limite à l'exploitation de données sur le consommateur doit être la connaissance « de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur ». Il s'agit ici de limiter les pratiques commerciales par des raisons de respect du consommateur, de sa vie privée, et de ce qui peut l'affecter au plus profond de son être. Par exemple, il semblera particulièrement malvenu de proposer à un consommateur des produits funéraires alors qu'il

427. ARISTOTE, *La morale et la politique*, traduit du grec par M. THUROT, Paris : Didot, 1823. Tome I, Livre V.

428. Dir. 2005/29/CE, art.9.c.

vient de perdre un proche. La directive a donc voulu éviter que les concurrents européens ne puissent entreprendre de commerce sur le malheur de leurs clients. Cela étant, cette disposition n'a d'intérêt que parce qu'elle ne se limite pas au démarchage à l'occasion d'obsèques, mais vient compléter et renforcer une protection déjà existante. En effet, ce type de démarchage est déjà soumis au régime des articles L.2223-31 et suivants du Code général des collectivités territoriales qui interdisent notamment, « à l'exception des formules de financement d'obsèques, [...] les offres de services faites en prévision d'obsèques ou pendant un délai de deux mois à compter du décès en vue d'obtenir ou de faire obtenir, soit directement, soit à titre d'intermédiaire, la commande de fournitures ou de prestations liées à un décès. [...] Les démarches à domicile ainsi que toutes les démarches effectuées dans le même but sur la voie publique ou dans un lieu ou édifice public ou ouvert au public »⁴²⁹.

174 Cependant, outre la protection du consommateur particulièrement affaibli par des accidents de la vie, la question de cette publicité ciblée ne doit pas être étudiée sans garder à l'esprit le droit fondamental au respect de la vie privée. En effet, une telle « publicité ciblée (contextuelle, personnalisée, comportementale), supposée être adaptée aux intérêts des internautes, constitue une atteinte grave à la protection de la vie privée lorsqu'elle est basée sur le traçage des individus (*cookies*, constitution de profils, géolocalisation) et n'a pas fait l'objet d'un consentement préalable, libre et explicite du consommateur »⁴³⁰.

Or, une récente étude menée par le groupe de travail de l'article 29⁴³¹ démontre qu'en moyenne les sites les plus visités envoient vers l'internaute 34,6 *cookies*⁴³².

En réponse, les auteurs de telles publicités font valoir que les données recueillies sont anonymes et donc n'impactent pas la vie privée des internautes, à l'inverse, la CNIL, retient l'interprétation rendue par le Groupe 29 dans son avis du 20 juin 2007⁴³³ la question reste alors de savoir ce que constituent les données à caractère personnel⁴³⁴. Ici deux textes normatifs peuvent apporter leur concours, il s'agit tout d'abord de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 qui dans son article 2 définit la donnée à caractère personnel comme une donnée constituée de « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une

429. Art. L.2223-33 du Code général des collectivités territoriales.

430. Résolution du Parlement européen du 15 décembre 2010 sur l'effet de la publicité sur le comportement des consommateurs (2010/2052[INI]), not. point I.

431. En référence à l'article 29 de la directive 95/46/CE.

432. Groupe de travail de l'article 29, 3 février 2015, « Cookie sweep combined analysis-report », URL : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp229_en.pdf, 14/EN WP 229.

433. *Opinion 4/2007 on the concept of personal data, 20 juin 2007, Article 29 data protection working party*, 01248/07/EN, WP 136.

434. E. A. CAPRIOLI, « L'enjeu de la protection des données à caractère personnel en matière de publicité ciblée », Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2009, comm. 60.

personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne », de la même manière, la directive n° 95/46/CE, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, définit les données à caractère personnel comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée) ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale ». Il apparaît donc que la définition retenue par l'Union européenne est plus large que la définition française et à ce titre, il semble que la définition européenne doit prévaloir. D'autant plus que la directive n° 2002/58/CE, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), considère ces *cookies* (ou témoins de connexion) comme des données à caractère personnel⁴³⁵. Ainsi, deux conséquences doivent être tirées de ces constatations, tout d'abord, la collecte d'informations, n'étant en elle-même pas négative, doit être effectuée de manière loyale, mais de la même manière ces informations collectées doivent être utilisées de manière loyale.

- 175** Ici encore, la notion de publicité peut être élargie à celle de pratique commerciale transformant alors la publicité ciblée aux pratiques commerciales ciblées pouvant alors prendre en compte, notamment, la pratique découverte par la CNIL et la DGCCRF lors d'une enquête sur les mécanismes d'*IP tracking*, faisant évoluer des prix d'offres ou des modalités de calcul de ces derniers selon les sites précédemment visités par le consommateur. Il avait en effet été constaté une pratique permettant de diminuer le prix offert au consommateur provenant d'un comparateur de prix, mais appliquant à ce dernier des frais plus importants. Cette pratique avait alors été considérée d'une part contraire à la loi informatique et libertés, mais aussi à la réglementation relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs⁴³⁶. Si l'*IP tracking* doit être encadré et est déjà considéré par la DGCCRF, il conviendrait également de s'intéresser aux services similaires à *Listen* développé par NOMI'S TECHNOLOGY permettant de suivre les déplacements d'une personne

435. Dir. 2002/58/CE, considérant 24 : « L'équipement terminal de l'utilisateur d'un réseau de communications électroniques ainsi que toute information stockée sur cet équipement relèvent de la vie privée de l'utilisateur, qui doit être protégée au titre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, les logiciels espions, les pixels invisibles (web bugs), les identifiants cachés et les autres dispositifs analogues peuvent pénétrer dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de pouvoir accéder à des informations, stocker des informations cachées ou suivre les activités de l'utilisateur, et peuvent porter gravement atteinte à la vie privée de ce dernier. L'utilisation de tels dispositifs ne devrait être autorisée qu'à des fins légitimes, et en étant portée à la connaissance de l'utilisateur concerné ».

436. CNIL et DGCCRF, *IP Tracking* : conclusions de l'enquête conjointe menée par la CNIL et la DGCCRF, 27 janvier 2014, <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/ip-tracking-conclusions-de-lenquete-conjointe-menee-par-la-cnil-et-la-dgccrf/>.

cette fois-ci non plus sur Internet, mais dans un lieu de vente physique. En effet, il semble qu'une analogie entre ces deux mécanismes soit souhaitable et que le consommateur doit être *a minima* informé de ce suivi.

- Il s'agira ensuite de l'établissement de « tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur »⁴³⁷. Ici, le législateur souhaite imposer une harmonisation européenne de l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions légalement formées. Bien que l'adage soit que « nul n'est censé ignorer la loi », il est fréquent, d'autant plus en ces temps de frénésie législative que le consommateur ne connaisse pas l'intégralité de ses droits et obligations extracontractuelles, mais rattachées à l'exécution ou l'anéantissement du contrat. À cette inégalité face à la connaissance du droit s'ajoute l'inégalité financière qui permettra au professionnel de « jouer » avec le temps et notamment avec les délais de résiliation imposés pour qu'un consommateur puisse se tourner vers la concurrence, ou encore avec les délais d'exécution des obligations contractuelles, l'on pensera par exemple ici aux reversements d'indemnisations pouvant être retardées par des agences d'assurances peu scrupuleuses. Cette disposition permet donc de compléter la protection offerte par la vingt-septième pratique considérée comme déloyale en toutes circonstances⁴³⁸.

176 Finalement, il est manifeste que deux points de vue peuvent s'affronter sur ces faits constitutifs d'agressivité, soit, ceux-ci sont considérés individuellement, soit ils le seront à la manière de poupées russes⁴³⁹, de plus en plus larges allant du harcèlement, fait de contrainte, elle-même constitutive d'une influence injustifiée. Il a été ici choisi de les considérer individuellement pour une plus grande cohérence, ces systèmes de poupées russes ne sont juridiquement pas utiles et même nuisibles par leur redondance et par l'inexactitude des termes. En tout état de cause, quel que soit le moyen d'agressivité actionné, peu importe que le résultat escompté soit obtenu. En effet, la directive précise qu'il est suffisant que la pratique agressive ne soit que susceptible d'altérer la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen, ou encore que celle-ci ne soit que susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement⁴⁴⁰. Cette précision permet de considérer la pratique commerciale agressive comme une infraction formelle pour laquelle l'infraction est consommée indépendamment de tout dommage, et ce, même si le résultat recherché par l'auteur n'est pas atteint⁴⁴¹. Il ne semble pas qu'il

437. Dir. 2005/29/CE, art.9.d.

438. Dir. 2005/29/CE, Annexe I.

439. Voir en ce sens la réponse apportée par le Secrétariat d'État chargé de la consommation et du tourisme à la question écrite n° 6405 de M. CARDO, JOAN du 18 mars 2008 : le secrétariat d'État définit la contrainte par la disposition de la directive de définition de l'influence injustifiée (Dir. 2005/29/CE, art.2.j.)

440. Dir. 2005/29/CE, art.8.

441. P. SPITERI, L'Infraction formelle, Rev. sc. crim. 1966.497.

soit nécessaire de rechercher un quelconque caractère hybride dans une telle formulation ⁴⁴². En effet, par définition, si une infraction est formelle, peu importe que le résultat matériel auquel elle visait soit réalisé. Ainsi, la pratique commerciale agressive, en tant qu'infraction formelle, est consommée que la liberté de choix du consommateur soit altérée ou non. Cela découle d'une lecture *a fortiori* de la condition selon laquelle une pratique commerciale est agressive si elle est de nature à altérer la liberté de choix du consommateur.

177 Le droit américain se trouve lui aussi soucieux quant à ce genre d'abus, par exemple le droit statutaire en vigueur en Arkansas, condamne la prise d'un avantage sur un consommateur qui n'est raisonnablement pas capable de protéger ses intérêts à cause notamment, d'une infirmité physique, d'une situation d'ignorance, d'illettrisme, ou encore d'une incapacité à comprendre le langage de l'accord ⁴⁴³. Ce même code interdit une augmentation de plus de 10% du prix de certains produits de première nécessité pendant les trente jours suivants la déclaration d'état d'urgence (ce délai passant à cent quatre-vingts jours pour les travaux de reconstruction) survenant notamment après une tornade, un tremblement de terre, une inondation, un incendie, une émeute, une tempête ou toute autre catastrophe naturelle ou d'origine humaine ⁴⁴⁴. Cette interdiction est évidemment écartée lorsque l'augmentation est directement attribuable aux surcoûts imposés par la situation. De la même manière, l'Idaho lutte contre de telles pratiques sans toutefois déterminer ni l'exclusivité du prix, ni la durée de mise en œuvre de la protection, le tout sera alors fixé factuellement selon l'appréciation souveraine des magistrats devant prendre en compte, notamment, la comparaison des prix, l'augmentation des coûts du commerce, ou la durée du désastre ⁴⁴⁵. Cela étant, il semble que ce délai de trente jours, appliqué par l'Arkansas et d'autres États tels que le New Jersey ⁴⁴⁶, doit être considéré comme un délai témoin. La protection contre l'utilisation de tels événements pour engager un citoyen est élargie aux sollicitations de charité par l'État de Caroline du Sud. Il sera ainsi interdit de vendre des biens ou services à des fins de bienfaisance de manière trompeuse ⁴⁴⁷.

Enfin, il est important de préciser que, quel que soit le comportement agressif épousé par l'auteur et subi par le consommateur, l'objectif poursuivi par l'auteur de la pratique commerciale sera identique.

442. Contra. PH. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives. - (Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008) », Droit pénal n° 2, Février 2008, étude 3.

443. Code of Arkansas, 4-88-107.

Voir de la même façon : Kansas Statutes Archive, §50-627 ;

Nevada Revised Statutes Annotated, §598.092 ;

Ohio Revised Code Annotated, 1345.03.

444. Code of Arkansas, 4-88-303.

445. Idaho Code, §48-603 ;

De la même manière : Texas Business & Commerce Code, §17.46.

446. New Jersey Statutes, §56 :8-109.

447. South Carolina Code Annotated, §39-5-147.

B L'élément moral des faits constitutifs .

178 La directive ne soulève pas la question du caractère volontaire ou non de la pratique, cela dit, il est difficile d'imaginer sous quels traits une pratique pourrait revêtir les caractères du harcèlement, de la contrainte ou de l'influence injustifiée sans être volontaire. Il suffira donc, selon les législateurs, que le comportement altère ou soit « susceptible d'altérer de manière significative, [...] la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »⁴⁴⁸. Cela dit, bien que l'objet de la présente étude ne soit pas l'aspect pénal des pratiques commerciales déloyales, il est important de rappeler que pour qu'une infraction pénale soit constituée, ce qui semble en partie la volonté de la directive, il est nécessaire que trois éléments soient réunis, l'élément légal de l'infraction, c'est-à-dire sa qualification pénale, l'élément matériel c'est-à-dire un commencement d'exécution, même si le résultat n'est pas atteint, et enfin l'élément moral.

Cet élément moral sera l'imputabilité à laquelle, et selon le type d'infraction devra être associée, soit une intention coupable, soit une faute pénale⁴⁴⁹.

179 En d'autres termes pour qu'un auteur puisse être coupable, il faut que la *culpa* soit présente. Or, cette *culpa* peut être traduite comme la faute. Cette culpabilité doit être définie à l'aune de l'article 121-3 du Code pénal selon lequel : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ».

Ainsi, il y aura intention coupable lorsque l'auteur aura voulu l'acte et ses conséquences, mais il n'y aura que faute pénale lorsque l'auteur aura voulu l'acte, mais pas ses conséquences et ce, s'il y a faute d'imprudence, de négligence, ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité.

Or en l'espèce, la seule certitude reste que l'auteur souhaite les conséquences de ces actes, il souhaite que le consommateur fléchisse et finisse par contracter avec lui, ou de manière plus générale, prenne une décision commerciale qui lui soit favorable. Il s'agit ici du jeu normal de la concurrence qui fait que la clientèle est à qui sait la prendre.

180 À cette culpabilité doit être associée l'imputabilité. En effet, il reste nécessaire que la faute, la *culpa*, soit imputable à l'auteur. Or, comme l'indique M^{me} PEREIRA l'imputabilité « peut être définie comme une capacité de fait, une attitude psychologique contenant la faculté de

448. Dir. 2005/29/CE, art.8.

449. C. PORTERON, « Infraction », Rép. pen. Dalloz, février 2002, §84 sqq. ; B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », Rép. pen. Dalloz, juin 2002, §26 sqq.

comprendre et de vouloir (« *Imputare* » signifiant mettre au compte de ; Cass. crim. 13 déc. 1956, D. 1957.349, note J. PATIN) », permettant de déclarer un individu pénalement irresponsable en cas d'absence de discernement ou d'action sous l'empire d'un trouble mental ⁴⁵⁰.

§2 L'approche de la *common law*.

- 181 Comme il a été démontré auparavant, la violence ne représente pas le moyen le plus utilisé dans les pratiques commerciales et par conséquent n'est pas non plus le cadre le plus développé par notre législateur. La situation qui existe en Europe se retrouve dans les États de *common law*. En effet, il faut rappeler que par principe, le régime des *economic torts* s'active lorsqu'aucun contact ni préjudice physique n'est à déplorer, or la violence, lorsqu'elle n'est pas morale, engendrera nécessairement ce genre de méfaits. Ne pouvaient donc être prises en compte que les menaces de violence encadrées sous le régime juridique de l'intimidation, les mots anglais et français étant les mêmes. Cela dit, ne prendre en compte que les intimidations revenait à refuser la protection des violences réellement subies. L'approche de la *common law* apparaît intéressante à ce sujet. En effet, pour éviter une contradiction avec la définition des *economic torts*, la violence ou l'agressivité ne sont pas utilisées dans la définition de l'acte prohibé qui les encadre. En effet, ce qui sera prohibé, ce sera la violation, la racine commune des deux termes est remarquable, mais en réalité, une telle définition se veut nécessairement différente de la première. Ces deux *torts* seront donc étudiés l'un après l'autre, à commencer par l'*unlawful means tort* (I), du régime duquel découle le *tort of intimidation* (II).

I *Unlawful means tort* .

- 182 Avant d'étudier les éléments constitutifs de ce *tort* (B), il semble intéressant d'en rappeler brièvement l'historique (A).

A Historique .

- 183 L'*Unlawful means tort* sanctionne l'utilisation de moyens illégaux, sa première formulation se trouve dans l'arrêt *Allen v. Flood*⁴⁵¹ où il s'agissait d'imposer une responsabilité du fait de l'infliction intentionnelle d'un préjudice économique.

En effet, cette affaire était née d'un conflit entre deux corporations ouvrières quant aux cercles respectifs de compétence professionnelle. La société *Glendall Iron Company* avait conclu un contrat de travail avec des ouvriers métallurgistes appartenant à la *trade-union United Society of Boilermakers and Iron and Steel Shipbuilders* qui interdisait à ses adhérents de se livrer à des travaux autres que ceux du fer. Parallèlement, la société *Glendall* employait deux ouvriers charpentiers pour les travaux du bois qui appartenaient à la *Shipwright's Provident Union*, un

450. B. PEREIRA, « Responsabilité pénale », op. cit., §27.

451. *Allen v. Flood* [1898] A.C. 1

syndicat, qui lui, autorisait ses adhérents à s'employer tant aux travaux du bois que du fer ce qui apparaissait au premier syndicat comme un acte déloyal.

184 Les membres du premier syndicat décidèrent alors de menacer de grève ou d'arrêt du travail pour obtenir le congédiement des membres du second syndicat. Afin d'éviter toute désorganisation du chantier, l'employeur décida donc de ne pas réengager les deux travailleurs du second syndicat qui étaient tout comme les autres embauchés à la journée⁴⁵². Le licenciement était légal⁴⁵³, il n'y avait pas de preuve d'une entente entre l'entreprise et le syndicat, d'intimidation, ou de *breach of contract*⁴⁵⁴, mais le but réel était de punir le salarié pour des actes antécédents, il était donc nécessaire d'imposer une responsabilité en présence d'une malveillance et de l'infliction d'un préjudice intentionnel⁴⁵⁵. Cela étant, cette même affaire refusait d'étendre la responsabilité aux interférences, injustifiées ou malicieusement motivées, avec le marché. En outre, l'importance de l'illégalité a été marquée par sa reformulation future⁴⁵⁶.

185 Puis le régime de cette incrimination sera obscurci dès l'affaire *Quinn V. Leathem*⁴⁵⁷ dont les faits de l'espèce étaient les suivants : la *Belfast Journeymen Butchers' and Assistants Association* voulait faire appliquer à *Leathem* un accord de monopole syndical. Pour le « convaincre », ils avaient approché l'un de ses clients (l'entreprise *Munce*) et lui avaient ordonné d'arrêter de traiter avec *Leathem* faute de quoi ils appelleraient les salariés de *Munce* syndiqués chez eux à mener une grève. Cet arrêt faisait donc principalement reposer le délit sur l'intimidation sanctionnable *per se* jusqu'à récemment où il a été précisé que l'intimidation faisait partie des moyens illégaux.

Ces développements ont finalement mené à l'émergence du *tort of unlawful interference with trade* défini par Lord Denning comme un acte illégal⁴⁵⁸.

B Éléments constitutifs .

186 Les points centraux de la responsabilité sont ici l'intention et l'illégalité, auxquels vient s'ajouter le préjudice nécessaire à tous les *economic torts*.

452. *Allen v. Flood* [1898] A.C. 1,1 ;

FOUILLAND J., *Allen V. Flood. Le Boycottage, Les Listes Noires Et Les Autres Instruments de Contrainte Syndicale Devant La Loi Civile.*—Les Deux Courants Actuels de jurisprudence.— Les origines du courant libéral., Paris : Giard, 1922.

453. [1898] A.C. 2

454. [1898] A.C. 3

455. [1898] A.C. 1

456. *ibid*, p 96, 107.

[1925] A.C. 700.

457. *Quinn v. Leathem* [1901] A.C. 495

458. *Torquay Hotel Co. v. Cousins*, [1969] 2 Ch. 106 (Cour d'appel) : « I have always understood that if one person deliberately interferes with the trade or business of another, and does so by unlawful means [...] then he is acting unlawfully »

Autrement dit, l'emploi de moyens illégaux (1) ne sera pas suffisant à qualifier ce *tort*, encore sera-t-il nécessaire que cet emploi soit intentionnel (2) et créateur de préjudice (3).

1 L'utilisation de moyens illégaux .

187 Il s'agit de l'élément principal de ce délit, cependant, selon LORD HOFFMANN dans l'arrêt *OBG*, il n'y a pas de conceptualisation simple et uniforme du moyen illégal. Il y a en réalité quatre approches possibles de cette illégalité :

- tout d'abord la prise en compte des seuls *torts* (version civile étroite) ;
- ensuite, la prise en compte des « *civil wrongs* » (version civile large) ;
- encore plus large est l'approche acceptant les *civil*, *criminals*, et *legal wrongs* comme moyens illégaux ;
- enfin, une version plus nébuleuse accepte de prendre en compte les moyens inadmissibles comme moyens illégaux ⁴⁵⁹.

188 Cela dit, selon l'arrêt *OBG*, la situation inacceptable et l'expression *unlawful* ne sont pas identiques selon l'*economic tort* auquel elles sont attachées.

En outre, la division des positions sur les éléments à prendre en compte pour la constitution de moyens illégaux est elle aussi apparente au sein de cette affaire. En effet, LORD HOFFMANN se fonde sur la politique civile étroite, considérant que le moyen illégal doit être indépendamment illégal ⁴⁶⁰ permettant ainsi une utilisation de ce délit afin d'étendre la protection par la responsabilité du tiers au demandeur ⁴⁶¹. Le constat est que les moyens illégaux sont toujours présents, et ce, même si le tiers n'en a pas souffert ou s'il refuse de le soumettre aux juridictions. Il est donc important que cette illégalité soit sanctionnée et le système de *common law* fait donc ici part de l'importance accordée au *private enforcement*, permettant de faire respecter l'ordre public grâce à l'action privée, les intérêts privés et publics se mêlant.

Ainsi, LORD HOFFMANN déclarera que l'*unlawful means tort* était « destiné à imposer des standards de comportements civilisés dans la concurrence économique » ⁴⁶².

De manière plus civiliste, un parallèle peut être fait avec les actions paulienne et oblique du Code civil français.

189 Pour sa part, LORD NICHOLLS a pour volonté d'endiguer les comportements clairement

459. Prise en compte dans la définition des moyens illégaux, des actes « *impermissible* », « *illegitimate* », ou « *acts the defendant is not at liberty to commit* ».

460. *OBG v. Allan* [2007] U.K.H.L. 21.

461. *Ibid.*

462. *Ibid.* point 56 ; cité par CARTY H., « The modern functions of the economic torts : reviewing the english, canadian, australian, and new zealand positions », *The Cambridge Law Journal*, vol. 74, n° 02, juillet 2015, p. 261-283.

excessifs⁴⁶³ que ceux-ci soient civils ou criminels ou même encore entendus de manière plus large⁴⁶⁴.

Cette question des comportements à prendre en compte est donc encore largement ouverte et même si la Cour d'appel de Colombie Britannique a accepté que la violation du *Competition Act* soit constitutive d'un moyen illégal⁴⁶⁵, cette solution ne s'inscrit pas dans une jurisprudence constante que ce soit au niveau du Canada ou encore d'autres États de *common law* et ne signifie donc pas que la commission de faits prohibés par un droit statutaire soit constitutive de moyen illégal punissable en *common law*⁴⁶⁶.

Cela étant, il peut être affirmé que la commission d'une infraction pénale, la violation d'une décision de justice, ou encore la violation de droits statutaires seront constitutives de moyens illégaux⁴⁶⁷. La Cour d'appel d'Ontario est d'ailleurs allée plus loin en acceptant, suivant le raisonnement de HOFFMANN, que l'agissement sans justification légale soit constitutif de moyen illégal⁴⁶⁸.

Enfin, pour que le demandeur puisse agir du fait d'un effet par ricochet de l'acte illégal sur lui, il est nécessaire qu'il existe un lien commercial entre le tiers et le demandeur. La relation de concurrence sera donc le minimum requis.

2 L'intention .

190 Après avoir rejeté la théorie selon laquelle la volonté de nuire prédominerait la volonté d'obtenir un avantage⁴⁶⁹, l'arrêt *Douglas v. Hello!* a effectué une étude panoramique de l'intention faisant apparaître que la volonté de préjudice peut être :

- une fin en soi (*Targeted (harm)*)⁴⁷⁰ ;
- une possible conséquence (*aimed at*)⁴⁷¹ ;

463. *Ibid.*

464. *Ibid.*

Citant LORD REID dans *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129.

465. *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270 (CanLII).

466. BORTOLIN W., DAVIS E. et BENNETT JONES LLP, « Competition Act Tort Claims Still Viable : Fairhurst v Anglo American PLC », JD Supra, 8 décembre 2014. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/competition-act-tort-claims-still-viable-30531/>.

467. CARTY H., « The modern functions of the economic torts : reviewing the english, canadian, australian, and new zealand positions », The Cambridge Law Journal, vol. 74, n° 02, juillet 2015, p. 261-283.

468. *Barber* 2010 ONCA 570 ; *A.I. Entreprises Ltd.* 2014 SCC 12 ;

Cités par CARTY H., « The modern functions of the economic torts : reviewing the english, canadian, australian, and new zealand positions », The Cambridge Law Journal, vol. 74, n° 02, juillet 2015, p. 261-283.

469. [1990] 2 Q.B. 472, p 488 ;

OBG v. Allan [2007] U.K.H.L. 21 ;

Douglas v. Hello! (N° 6), [2006] Q.B.175.

470. Restatement, Second, Torts, §8A, le mot *intent* est « *to denote that the actor desires to cause consequences of his act, or that he believes that the consequences are substantially certain to result from it* ».

471. *National Phonograph Co. v. Edison-Bell* [1908] 1 Ch. 335 ;

Lonrho v. Fayed[1995] 2 Q.B. 479.

— ou encore une indifférence téméraire (ou *incidental harm*) ;

191 Cette dernière catégorie sera retenue pour le cas de l'espèce, les juges considérant que le but de *Hello !* n'était pas de spolier *OK !* de son exclusivité, mais de satisfaire ses propres lecteurs et que la conséquence possible ou l'infliction d'un dommage par imprudence n'était pas suffisante⁴⁷². Ainsi, cette intention constituera en réalité le lien nécessaire entre le moyen employé et le préjudice causé.

Ce régime s'approche donc de celui de la responsabilité civile française reposant sur un fait dommageable, un préjudice et un lien causal les unissant, tout en le modifiant d'une part, quant au lien de causalité (en effet, il a été retenu que le préjudice s'infère de l'acte, une solution bien connue des théoriciens de la concurrence déloyale⁴⁷³), mais d'autre part et surtout quant à la nécessité d'une volonté.

En outre, malgré les trois approches de la volonté soulevées par *Douglas v. Hello !*, il apparaît que tant la doctrine que la jurisprudence favorisent la nécessité de ciblage (*targeted* ou *narrow view*)⁴⁷⁴, c'est-à-dire qu'ils rejettent les formulations plus larges au profit d'un libéralisme des pratiques commerciales. Il est donc nécessaire pour les Cours, afin de vérifier l'applicabilité du régime de rechercher la fin, et les moyens utilisés pour arriver à cette fin et de les distinguer des conséquences collatérales⁴⁷⁵. Ceux-ci devront en outre, qualifier le préjudice délibéré, c'est-à-dire prouver que le défendeur visait le demandeur et ce pour quelque raison que ce soit.

3 Le préjudice .

192 Comme pour tout *economic tort*, le demandeur doit avoir souffert d'un préjudice patrimonial issu de cette utilisation intentionnelle de moyens illégaux.

Enfin, les actions étant illégales en elles-mêmes, il semble difficile de justifier la commission du *tort*⁴⁷⁶. La seule défense possible pourrait être le caractère accessoire de la pratique par rapport au préjudice causé, mais tel qu'il a été affirmé dans l'arrêt *OBG* si l'illégalité peut être indépendamment actionnée, il serait malvenu d'accepter une défense du fait de l'absence de rapport entre l'action et le préjudice.

472. *Douglas v. Hello !* (n° 6), [2006] Q.B.195.

473. *Quinn v. Leathem* [1901] A.C. 495, p 535.

474. v. not. WEIR T., « Chaos or cosmos ? Rookes, Stratford and the Economic Torts. », Cambridge Law Journal, vol. 22, n° 225, 1964 ;

Lonrho v. Fayed[1995] 2 Q.B. 479 ;

Associated British Ports v. Transp. and Gen. Workers Union, [1989] 1 W.L.R. 939, 960, 966 ;

Indata Equip. Supplies v. A.C.L., [1998] F.S.R. 248, 259 ;

Van Camp Chocolates v. Aulsebrooks, [1984] 1 N.Z.L.R. 354 (C.A.) ;

Cheticamp Fisheries Co-Operative v. Canada, [1995] 139 N.S.R. 121 ;

Copyright Agency v. Haines, [1983] 1 N.S.W.L.R. 182.

475. *OBG v. Allan* [2007] U.K.H.L. 21.

476. WEIR T., « Chaos or cosmos ? Rookes, Stratford and the Economic Torts. », Cambridge Law Journal, vol. 22, n° 225, 1964.

[1901] A.C. 495, p 537.

[1902] 2 K.B. 732.

Ici l'importance du *private enforcement* fait montre de sa présente. La victime agit alors en tant que « procureur privé », et l'illégalité prime la nécessité d'un préjudice ; la volonté étant alors de réagir à ce comportement nuisible⁴⁷⁷.

Parallèlement, l'intimidation s'est développée comme une partie de ces moyens illégaux, faisant ainsi de cette dernière un *tort sui generis*.

II *Intimidation tort* .

193 Il s'agit ici de se concentrer dans les cas d'intimidation exercée lors de relations tripartites. Avant 1964 ce *tort* prenait ses racines dans les cas impliquant la violence et les menaces, ainsi dans *Garret v. Taylor*⁴⁷⁸, un exploitant pouvait agir contre un défendeur qui menaçait physiquement les clients de ce dernier dans le but qu'ils arrêtent d'acheter chez lui. Puis il a été élargi en dehors des relations industrielles modernes.

194 Ici, le défendeur utilise des menaces illégales pour faire obéir un tiers à ses souhaits dans le but de porter atteinte au demandeur⁴⁷⁹. Ainsi, la menace doit être délibérée, effective, elle doit reposer sur des moyens illégaux, mais il faut en outre qu'il y ait une intention de nuire au demandeur et un dommage qui en découle⁴⁸⁰. Selon cette définition, il peut sembler que la menace doit avoir lieu dans une relation tripartite, mais en réalité il est possible d'appliquer ce *tort* aux relations entre deux personnes ; en outre, une telle menace peut être justifiée.

Sera cependant exclu le délit de harcèlement dont le concept doit en principe être étudié sous le visa du *tort of nuisance*⁴⁸¹. Cela dit, cette position est critiquée⁴⁸².

En outre, l'intention doit être la même que pour l'*unlawful means*.

Enfin, la menace consiste en la déclaration d'une personne vers une autre que si cette dernière n'agit pas dans le sens de la première, l'intimideur accomplira quelque chose que l'intimidé n'aimera pas⁴⁸³.

195 Historiquement, il y a unanimité autour du fait que l'intimidation physique exercée dans le but d'interdire à une personne de contracter avec un concurrent est un *tort* qui est dommageable pour la victime de cette interdiction⁴⁸⁴. Cette unanimité n'a pas toujours existé concernant

477. Un renvoi à la distinction entre les notions de comportement dommageable et préjudiciable est alors nécessaire. Voir en ce sens, p. 418 sqq..

478. (1620) Cro. Jac. 567.

479. *Morgan v. Fry* [1968] 2 Q.B 710.

Rookes v. Barnard [1964] A.C. 1129.

480. *Newsgroup Newspapers Ltd. v. SOGAT* (82) [1987] I.C.R.181.

481. [1993] Q.B. 727, C.A.

482. [1997] 2 W.L.R. 684 ;

ibid. 707 ;

[2006] E.W.C.A. Civ. 1370 ;

[2007] Q.B. 846.

483. [1920] 2 Ch 70, p 89.

484. *Quinn v. Leathem*, (1901), A.C.495.

l'intimidation morale. En effet, d'un côté il était jugé que la menace d'un salarié de faire grève pouvait être aussi coercitive que le recours à la force physique⁴⁸⁵, alors que d'un autre côté il était jugé qu'une telle action n'était pas coercitive au sens légal⁴⁸⁶.

Plus contemporanément, il convient de distinguer cette menace du simple avertissement⁴⁸⁷ ou de l'avis⁴⁸⁸, en outre, la menace peut ne pas être violente, mais elle doit rester effective, c'est-à-dire complète, en d'autres termes le risque de menace n'est pas suffisant. De la même manière, l'*idle abuse*, c'est-à-dire la menace d'inactivité ou de ralentissement ne doit pas être considérée comme une menace sérieuse.

196 En outre, cette menace doit se trouver illégale, ce prérequis repose sur l'idée que la menace en elle-même n'est pas mauvaise, elle demeure neutre, c'est l'utilisation de moyens illégaux qui la rend négative⁴⁸⁹. La difficulté reste alors la même que dans le *tort* d'*unlawful means* : savoir ce qui peut être considéré comme un moyen illégal ; cependant, un éclaircissement semble apparaître⁴⁹⁰.

Reste alors la question de la menace de rupture de contrat, cette dernière doit-elle être considérée comme une intimidation de moyens illégaux ? Bien qu'acceptée par certains⁴⁹¹ cette position est critiquée par d'autres⁴⁹². En effet, selon le raisonnement de LORD REID, c'est l'utilisation d'armes illégales qui rend l'action délictuelle⁴⁹³, parallèlement, LORD WATSON définit l'illégalité comme l'utilisation de moyens qui en eux-mêmes sont de la nature des *civil wrongs*⁴⁹⁴.

197 Selon WEDDERBURN et WEIR, soit il faut accepter qu'une telle menace constitue un moyen illégal dans toutes les relations soit elle ne constitue pas de moyen illégal⁴⁹⁵. Les Cours quant à elles sont plus nuancées, elles acceptent que la menace de rupture d'un contrat fasse office de moyen illégal dans les relations tripartites, mais pas dans les relations bipartites⁴⁹⁶. Cette

485. *State v. Stewart*, 59 Vt. 273, 9 At. 559 (1887)

486. *Macaulay v. Tierney*, 19 R.I. 255, 33 At. 1, 37 L.R.A. 455 (1895).

487. *Newsgroup Newspapers Ltd. v. SOGAT* (82) [1987] I.C.R.181.

488. *Stratford v. Lindley* [1965] A.C. 269, p 340.

489. [1964] A.C. 1129, p 1168 ;
Vegetahn v. Gunter 167 Mass 92, p 107 ;
Hardie and Lane Ltd. v Chilton [1928] 2 K.B 306 ;
Thorne v. MTA [1937] A.C. 797.

490. *Morgan v. Fry* [1968] 2 Q.B. 710.

491. V. not. *Lumley v. Gye*.

492. [1963] 1 Q.B. 623, p 695

493. [1964] A.C. 1129.

494. *Allen v. Flood* [1898] A.C. 1.

495. WEIR T., « Chaos or cosmos ? Rookes, Stratford and the Economic Torts. », Cambridge Law Journal, vol. 22, n° 225, 1964.

Economic Torts (Oxford : Clarendon Press, 1997), p 67.

496. *Central Canada Potash Co. Ltd. v. Govt. of Saskatchewan* [1978] 88 D.L.R. 609, p 640.

solution s'explique par le fait que la menace de rupture contractuelle dans une relation bipartite doit être régie par les règles de droit contractuel, ce n'est que lorsqu'une troisième partie pouvant souffrir de cette menace est présente, par exemple si la menace de rupture contractuelle peut nuire à un concurrent loyal, que le droit des contrats ne peut jouer et qu'il faut donc naturellement organiser une protection extracontractuelle du tiers concerné.

Enfin, comme dans tous les *economic torts* le demandeur doit avoir subi un dommage du fait de cette menace⁴⁹⁷.

198 En réalité, il semble que l'intimidation d'utilisation de moyens illégaux puisse être considérée comme une partie de l'*unlawful means*⁴⁹⁸, c'est ainsi que LORD HOFFMANN a exprimé que les *unlawful means* doivent évoluer vers la prise en compte des *actionable civil wrongs* et ainsi assimiler l'intimidation⁴⁹⁹. Cela étant, une telle assimilation pourrait poser des difficultés dans les cas d'intimidation sans relations tripartites, mais cette dernière situation ne pourrait pas être concernée par l'objet de la présente étude à savoir la protection du consommateur fasse aux pratiques commerciales déloyales.

199 Pour conclure, il semble que ces pratiques commerciales agressives, déjà limitées quant à leur catégorisation, le seront d'autant plus quant à leur occurrence. En effet, la déloyauté la plus prégnante vis-à-vis des consommateurs sera celle qui interviendra par le fait d'un mensonge entendu au sens large. Ainsi, les pratiques commerciales trompeuses constituent le cœur de la directive au même sens que les pratiques trompeuses se situent au cœur de la concurrence déloyale. Cette vision est d'autant plus remarquable qu'une étude, même superficielle du droit de la concurrence déloyale américain montre qu'il se réfère en réalité, dans la quasi-totalité des cas, quand ce n'est dans sa totalité, aux pratiques trompeuses pour définir le champ d'action des droits de la concurrence déloyale.

Outre les pratiques agressives, pourront être constitutives de pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales se caractérisant par leur caractère trompeur.

497. *Morgan v. Fry* [1968] 2 Q.B. 710, p 724.

498. *OBG v. Allan* [2007] U.K.H.L. 21 ;

STEVENS R., *Torts and Rights*, Oxford : Oxford University Press, 2007 ;

THOMSON J., « Redrawing the landscape of the economic wrongs. », *Edinburgh Law Review*, 2008.

499. Déjà, *National Phonographic v. Edison-Bell* [1908] 1 Ch 335 ;

Lonhro plc v. Fayed [1990] 2 Q.B. 479.

OBG v. Allan [2007] U.K.H.L. 21.

Section 2 Les pratiques commerciales trompeuses.

200 Tout comme pour les pratiques commerciales agressives⁵⁰⁰, les États-Unis ont, à l'instar du droit européen, encadré par l'utilisation de statuts spéciaux la tromperie commerciale (§1)⁵⁰¹. Mais ici encore, les mécanismes de *common law* et les *torts* développés pourront être qualifiés par l'emploi de tels moyens (§2)⁵⁰².

§1 L'approche européenne à l'aune du droit états-unien.

201 Après avoir considéré que « dans le domaine de la publicité, la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative fixe des critères minimaux visant à une harmonisation de la législation sur la publicité trompeuse, mais ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de mesures apportant aux consommateurs une protection plus étendue. En conséquence, les dispositions législatives des États membres en matière de publicité trompeuse présentent des divergences importantes »⁵⁰³, il a paru nécessaire que la directive rapproche les législations des États membres y compris relatives à la publicité déloyale.

202 Cela étant, dans un esprit de cohérence législative, la présente directive précise qu'elle « ne couvre ni n'affecte les dispositions de la directive 84/450/CEE ayant trait à la publicité trompeuse pour les entreprises, mais pas pour les consommateurs ainsi qu'à la publicité comparative. La présente directive n'affecte non plus les pratiques publicitaires et commerciales admises, comme le placement légitime de produits, la différenciation des marques ou les incitations à l'achat, qui peuvent légitimement influencer la perception d'un produit par le consommateur ainsi que son comportement, sans altérer son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause »⁵⁰⁴. Enfin, elle affirme qu'il « est souhaitable que les pratiques commerciales trompeuses couvrent les pratiques, y compris la publicité trompeuse, qui, en induisant le consommateur en erreur, l'empêchent de faire un choix en connaissance de cause et donc de façon efficace »⁵⁰⁵.

203 Tout cela montre l'attrait des législateurs concernant la réglementation de la publicité. Cela étant, l'emploi de l'expression « y compris » montre que les pratiques commerciales trompeuses, bien que comprenant les actes de publicité trompeuse, n'y sont pas limitées. Ainsi, pour une étude satisfaisante de la directive, il sera nécessaire, après avoir étudié la liste noire des pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances (I), d'analyser l'intégration de la directive au sein du corpus juridique de la publicité (II) étant précisé que cette dernière sera l'objet principal des

500. Voir, p. 92 sqq.

501. p. 127 sqq.

502. p. 214 sqq.

503. Dir. 2005/29/CE, considérant n° 3.

504. Dir. 2005/29/CE, considérant n° 6.

505. Dir. 2005/29/CE, considérant n° 14.

pratiques commerciales trompeuses qui sans se limiter à celle-ci, est, du fait d'une appréciation traditionnellement extensive de la notion de publicité par les magistrats et la doctrine, largement recoupable avec l'ancienne réglementation de la publicité trompeuse (III).

I Les pratiques commerciales trompeuses en toutes circonstances .

204 L'annexe I de la directive dresse une liste exhaustive des pratiques commerciales pouvant être considérées comme trompeuses en toutes circonstances. En effet, tel que l'indique l'article 5, paragraphe 5 de la directive, « cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive ». Cet article est consolidé par le considérant 17 de la directive qui énonce qu'il s'agit « des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas ». La déloyauté de ces pratiques, et en particulier leur caractère trompeur, n'a pas à être prouvée, cela passe notamment par une absence d'obligation de preuve de la distorsion du choix du consommateur.

Et pour preuve que la frontière entre les pratiques commerciales trompeuses par action et celles qui le sont par omission n'est pas claire, ici, aucune distinction n'est opérée.

205 Seront donc considérées comme trompeuses, les pratiques commerciales suivantes :

- 1) Pour un professionnel, se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas ;
- 2) Afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ;
- 3) Affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas
- 4) Affirmer qu'un professionnel (y compris ses pratiques commerciales) ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ou sans respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue.
- 5) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits en question ou des produits équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit et du prix proposé (publicité appât).
- 6) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué, et ensuite :
 - a) refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité, ou
 - b) refuser de prendre des commandes concernant cet article ou de le livrer dans un délai raisonnable, ou

- c) en présenter un échantillon défectueux, dans le but de faire la promotion d'un produit différent (amorcer et ferrer).

206 Il s'agit en réalité, à travers ces deux dernières pratiques, d'encadrer des pratiques proches de celles connues en France sous l'expression de techniques de « prix d'appel »⁵⁰⁶. En outre, l'article L.121-1-1, 5° du code de la consommation vient reprendre la terminologie utilisée par le législateur européen pour interdire la technique de prix d'appel ne modifiant ainsi pas le régime juridique applicable à cette pratique⁵⁰⁷. Cela dit, la technique du prix d'appel se définit traditionnellement comme la proposition de biens ou services à un prix attractif afin que le professionnel puisse profiter d'une « dérive des ventes ». Il s'agit alors d'une pratique qui s'explique à la lecture du fameux adage « un flot de perte dans un océan de profit ». Or, une telle pratique n'est *a priori* pas dommageable pour le consommateur et ce sera donc au droit commercial de l'encadrer notamment par le biais de la réglementation des reventes à perte⁵⁰⁸, ou pratiques de prix abusivement bas⁵⁰⁹, ou subsidiairement au droit de la concurrence déloyale d'intervenir.

Elle ne le sera en effet, que si *in fine* elle crée une situation monopolistique, ou si, comme le disposent ces deux dernières pratiques, elle s'accompagne d'une incapacité de fournir le bien ou service objet de l'annonce.

207 Cette prédation par les prix est aussi considérée aux États-Unis, où la publicité au profit de biens ou services, soit, avec l'intention de ne pas les vendre dans les conditions telles que celles présentées lors de la vente, soit, avec l'intention de ne pas fournir la demande raisonnable d'un public prévisible (ce qui ne sera pas le cas lorsque la publicité mettra en évidence la limitation des stocks disponibles) est sanctionnée⁵¹⁰.

506. Voir : Cass. crim., 15 avril 2008 : JurisData n° 2008-01109 ;

Cass. crim., 11 juillet 1990 : JCP E 1990, I, 19729 ;

CA Paris, 1^{er} mars 1982 : Gaz. Pal. 1982, 2, jurispr. p. 573 ;

CA Aix-en-Provence, 5^e ch., 26 janv. 1994 : Contrats, conc. consom. 1994, comm. 238.

507. G. RAYMOND, « Les produits annoncés dans une publicité doivent être disponibles à la vente », Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2009, comm. 235. Sous Cass. Crim., 24 mars 2009, n° 08-86.530, F-D, Sté LIDL Strasbourg-Hautepierre : Jurisdata n° 2009-047943.

508. Art. L.442-2 du Code de commerce.

509. Art. L.420-5 du Code de commerce

510. Statutes of Alaska, Sec. 45.50.471 ;

Code of Alabama, §8-19-5 ;

Code of Arkansas, 4-88-107 ;

California Civil Code, §1770 ;

Colorado Revised Statutes, 6-1-105 ;

District of Columbia Official Code, §28-3904 ;

Delaware Code, §2532 ;

Official Code of Georgia, §10-1-372, §10-1-393, §10-1-420 ;

Hawaii Revised Statutes, §481A-3 ;

Idaho Code, §48-603 ;

Burns Indiana Code Annotated, §24-5-0.5-3 ;

Kansas Statutes Archive, §50-626 ;

Maryland Commercial Law, §13-301 ;

Allant plus loin, le Nevada accorde un article spécial à ce type de prédation dressant ainsi une liste des actes prohibés sous l'expression de « *bait and switch* »⁵¹¹. Ainsi selon ce législateur⁵¹², un commerçant s'engage dans une pratique commerciale déloyale quand elle emploie une publicité-appât, qui consiste à offrir à la vente ou à la location des biens ou services, alors qu'en réalité le commerçant n'a pas l'intention ou le désir de le(s) vendre ou le(s) louer et agit de l'une ou plusieurs des manières suivantes :

- Refuse de montrer le produit objet de la publicité ;
- Dénigre ce produit ;
- Exige d'autres ventes ou conditions non divulguées avant de vendre ou louer ce produit ;
- Refuse de prendre commande pour la vente ou la location de ce produit pour une livraison dans un délai raisonnable ;
- Opère une démonstration avec un produit défectueux ;
- Accepte une avance sur le prix du produit puis la commute sur la commande ou la location d'un bien ou service plus cher ;
- Accepte une vente ou location du produit, mais dans des conditions moins favorables que celles initialement indiquées.

208 Concernant la vente à perte, elle est elle aussi prise en compte par différents droits statutaires américains. En effet, il est ainsi illégal de vendre, proposer ou effectuer une publicité sur une vente de biens ou services à un prix inférieur à celui des coûts engendrés par le professionnel⁵¹³. Le coût doit prendre en compte les matériaux, la rémunération du travail et autres frais généraux, concernant la distribution, il s'agira notamment des coûts de facturation ou de remplacement, les coûts totaux comprendront donc les coûts

Mississippi Code Annotated, §75-24-5 ;
 Nebraska Revised Statutes, §87-302 ;
 New Hampshire Revised Statutes Annotated, 358-A :2 ;
 Nevada Revised Statutes Annotated, §598.0915, §598A.060 ;
 73 Pennsylvania Statutes, §201-2 ;
 Tennessee Code Annotated, §47-18-104 ;
 Texas Business & Commerce Code, §17.46 ;
 Utah Code Annotated, §13-5-8 ;
 Virginia Code Annotated, §59.1-200 ;
 West Virginia Code, §46A-6-102 ;
 Wyoming Statutes, §40-12-105.

511. Utilisation d'un leurre pouvant être traduite comme amorcer et ferrer.

512. Nevada Revised Statutes Annotated, §598.0917 ;
 De la même manière : 15 Oklahoma Statutes, §753.

513. Arkansas code, 4-75-209 ;
 California Business & Professions Code, §17030 sqq. ;
 Colorado Revised Statutes, 6-2-105 ;
 West Virginia Code, §47-11A-2 sqq.

Le Montana y associant les dons faits dans l'intention d'atteindre les concurrents et donc *in fine* la concurrence : Montana Code Annotated, §30-14-209.

de production auxquels s'ajoutent les coûts de distribution. En outre, un tel coût ne pourra pas se trouver inférieur à celui du remplacement du bien ou service, ce qui exclut donc les justifications prenant en compte des ventes effectuées notamment lors de faillites. Cela étant, le prix pourra prendre en compte les situations de soldes, ou de détérioration du produit vendu. Il s'agit, en réalité ici, de lutter contre les pratiques visant à porter atteinte aux concurrents et à détruire la concurrence⁵¹⁴. Il ne s'agit donc pas de fixer les prix, car la concurrence par les prix constitue l'un des moyens les plus efficaces pour arriver à une cohésion des intérêts des consommateurs et des professionnels, mais d'éliminer les pratiques déloyales pouvant mener à une situation monopolistique qui *in fine* serait défavorable aux consommateurs⁵¹⁵. Cette situation montre donc, s'il était encore nécessaire de la faire, que la protection des consommateurs, par le biais de la lutte pour la loyauté dans les comportements d'affaires, rejoint la protection du marché, réalisée par ce que certains appellent le grand droit de la concurrence, car il s'applique à lutter pour la concurrence, par contraste au petit droit de la concurrence qui s'appliquerait à protéger les concurrents. Il y aurait donc une nécessité d'instauration d'une obligation générale de loyauté transcendant tout le droit des affaires ou du moins des relations commerciales.

Allant plus loin, le Code de l'Idaho, à travers sa réglementation des reventes à perte, offre un plaidoyer pour une vision globale du droit de la concurrence, de l'obligation de loyauté, et pour une interconnexion entre les intérêts des consommateurs, des concurrents, des travailleurs, ou plus généralement de l'intérêt général. Ainsi ce dernier dispose que « la pratique revenant à vendre certains produits au-dessous des coûts dans le but d'attirer de la clientèle est une forme trompeuse de publicité et une méthode déloyale de concurrence. Une telle pratique trompe le consommateur, œuvre contre l'agriculteur, obstrue le commerce et détourne les affaires des revendeurs qui maintiennent une politique de prix loyale, avec pour résultat de réduire l'embauche, le paiement des employés, d'augmenter les horaires de travail, mais aussi un non-paiement des taxes et une succession inévitable

514. *People v. Black's Food Store* (1940) 16 Cal 2d 59, 105 P2d 361, 1940 Cal LEXIS 278.

515. *Dunnell v. Shelley* (1940, Cal App) 38 Cal App 2d 118, 100 P2d 830, 1940 Cal App LEXIS 616 ;

La volonté de nuire aux concurrents représenterait donc un élément fondamental de cette pratique, *People v. Kahn* (1936, Cal App Dep't Super Ct) 19 Cal App 2d Supp 758, 60 P2d 596, 1936 Cal App LEXIS 145 ;

Balzer v. Caler (1938) 11 Cal 2d 663, 82 P2d 19, 1938 Cal LEXIS 338 ;

Food & Grocery Bureau, Inc. v. United States (1943, 9th Cir Cal) 139 F2d 973, 1943 US App LEXIS 2405 ;
Vermont Statutes Annotated, §1461c.

devant exister avant la vente : *Wholesale Tobacco Dealers Bureau, Inc. v. National Candy & Tobacco Co.* (1938) 11 Cal 2d 634, 82 P2d 3, 1938 Cal LEXIS 337, 118 ALR 486,

Sans laquelle l'interdiction de toutes les reventes à perte serait inconstitutionnelle : *Olin Mathieson Chem. Corp. v. Francis*, 134 Colo. 160, 301 P.2d 139 (1956)

Cela dit, d'une part, l'effectivité de l'atteinte aux intérêts du concurrent n'est pas nécessaire : *People v. Pay Less Drug Store* (1944) 25 Cal 2d 108, 153 P2d 9, 1944 Cal LEXIS 301 ;

Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co. (1999) 20 Cal 4th 163, 83 Cal Rptr 2d 548, 973 P2d 527, 1999 Cal LEXIS 1656,

et d'autre part la volonté peut-être présumée du fait de la vente à perte : California Business & Professions Code, §17071

de conséquences indésirables incluant la dépression économique. *[C'est pourquoi]*, cette loi rend illégale de telles pratiques dans l'intérêt général de l'État d'Idaho »⁵¹⁶.

- 7) Déclarer faussement qu'un produit ne sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause.

209

Il s'agit alors ici notamment d'interdire l'utilisation trompeuse de termes généralement rattachés aux ventes dites promotionnelles ou en solde. Cette disposition ne doit pas être considérée comme contredisant les dispositions relatives aux soldes, lesquelles seront donc toujours applicables, mais comme complétant ces dernières. En effet, il s'agira alors d'une part de protéger le consommateur contre l'espoir illusoire d'affaires avantageuses dont il faut profiter le temps de la promotion, et d'autre part le concurrent contre l'utilisation de tels procédés par des concurrents déloyaux souhaitant par cet emploi détourner leur clientèle.

- 8) S'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels le professionnel a communiqué avant la transaction dans une langue qui n'est pas une langue officielle de l'État membre dans lequel il est établi et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue sans clairement en informer le consommateur avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction.
- 9) Déclarer ou de toute autre manière donner l'impression que la vente d'un produit est licite alors qu'elle ne l'est pas.
- 10) Présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel.

516. Idaho Code, §48-402 : « *It is hereby declared that any advertising, offer to sell or sale of any merchandise, either by retailers or wholesalers, at less than cost as defined in this act, with the intent, or effect, of inducing the purchase of other merchandise or of unfairly diverting trade from a competitor or otherwise injuring a competitor, impairs and prevents fair competition, injures public welfare, and is unfair competition and contrary to public policy and the policy of this act, where the result of such advertising, offer or sale is to tend to deceive any purchaser or prospective purchaser, or to substantially lessen competition, or to unreasonably restrain trade, or to tend to create a monopoly in any line of commerce.* »

Voir de la même manière 15 Oklahoma Statutes §598.3 : « *It is hereby declared that any advertising, offer to sell, or sale of any merchandise, either by retailers or wholesalers, at less than cost as defined in this act with the intent and purpose of inducing the purchase of other merchandise or of unfairly diverting trade from a competitor or otherwise injuring a competitor, impair and prevent fair competition, injure public welfare, are unfair competition and contrary to public policy and the policy of this act, where the result of such advertising, offer or sale is to tend to deceive any purchaser or prospective purchaser, or to substantially lessen competition, or to unreasonably restrain trade, or to tend to create a monopoly in any line of commerce.* »

Ou encore 73 Pennsylvania Statutes, §213 : « *It is hereby declared that advertisement, offer to sell or sale of any merchandise, either by retailers or wholesalers, at less than cost as defined in this act with the intent of unfairly diverting trade from or otherwise injuring a competitor or with the result of deceiving any purchaser or prospective purchaser, substantially lessening competition, unreasonably restraining trade or tending to create a monopoly in any line of commerce is an unfair method of competition contrary to public policy and in contravention of the policy of this act.* »

- 11) Utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur (publi-reportage). Cette disposition s'entend sans préjudice de la directive 89/552/CEE.

210 Une telle disposition permettrait notamment de lutter contre les pratiques de financement d'avis de consommateurs. D'ailleurs, la FTC est parvenue à un accord concernant un revendeur d'automobile qui soumettait un rabais de 50\$ à la soumission d'un avis et renvoyait par ses documents promotionnels aux avis de consommateurs. La FTC a considéré qu'il s'agissait d'une pratique commerciale trompeuse, et ce, même si les avis pouvaient être vrais. Le financement de ces derniers par le professionnel sans qu'il soit indiqué lors de la communication aux autres consommateurs a donc été l'objet de la sanction américaine. En effet, il est possible de penser que les consommateurs étaient susceptibles d'être plus favorables au professionnel étant donné qu'ils étaient rétribués par ce dernier. En outre, le fait que le professionnel offre un prix de 100\$ pour le meilleur avis (quant à sa qualité non pas quant à sa positivité), laissait supposer que les consommateurs pouvaient penser obtenir plus aisément le prix si cet avis était favorable au professionnel ⁵¹⁷.

- 12) Formuler des affirmations factuellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou de celle de sa famille s'il n'achète pas le produit.
- 13) Promouvoir un produit similaire à celui d'un fabricant particulier de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit provient de ce même fabricant alors que tel n'est pas le cas.

211 Cette pratique rejoint alors le cadre de la propriété industrielle et commerciale, mais aussi, parce qu'elle n'est pas limitée aux éléments distinctifs appropriés, celui de la concurrence déloyale et plus particulièrement du parasitisme et des agissements parasitaires.

Il s'agira, de la même manière d'un pan particulièrement protégé par le droit américain qui a intégré à travers le *Lanham Act* du 5 juillet 1946, la section 1125 au sein du Code fédéral des États-Unis ⁵¹⁸.

Cette réglementation fédérale offre une action civile à toute personne qui pense pouvoir subir un dommage, contre toute personne qui, sur des biens et services ou en connexion avec ces derniers, ou les contenants des biens, utilise commercialement tout mot, terme, nom, symbole, ou design, ou toute combinaison de ces derniers, ou toute présentation

517. FTC, 27 février 2015, « FTC Stops Automobile Shipment Broker from Misrepresenting Online Reviews », URL : https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/02/ftc-stops-automobile-shipment-broker-misrepresenting-online?utm_source=govdelivery.

518. 15 USCS § 1125.

fausse de l'origine⁵¹⁹, description ou présentation de faits trompeuse ou fausse⁵²⁰ de faits qui (A) sont susceptibles de causer une confusion⁵²¹, ou une erreur, ou de tromper sur une affiliation, connexion, ou association de cette personne avec une autre, ou au sujet de l'origine, d'une relation de sponsoring⁵²², ou sur l'approbation de ses biens, services, ou activités commerciales par une autre personne ou ; (B) lors de publicités ou promotions commerciales⁵²³, présentent de manière fausse, la nature, les caractéristiques⁵²⁴, qualités, ou origines géographiques de ses biens, services, ou activités commerciales, ou ceux d'une autre personne⁵²⁵.

212 Concernant cette réglementation, il convient tout d'abord de rappeler que l'existence d'une marque n'est pas un prérequis à son application⁵²⁶.

519. L'origine alors entendue doit être celle de production et non celle relative à l'idée du produit. *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.* (2003) 539 US 23, 123 S Ct 2041, 156 L Ed 2d 18, 2003 CDOS 4554, 2003 Daily Journal DAR 5799, 66 USPQ2d 1641, 16 FLW Fed S 330, 194 ALR Fed 731, dismd (2003, CD Cal) 68 USPQ2d 1536, subsequent app (2005, CA9 Cal) 429 F3d 869, 76 USPQ2d 1797 ;

Mais l'origine géographique peut elle aussi être protégée par cette disposition : *Franklin Mint, Inc. v. Franklin Mint, Ltd.* (1971, ED Pa) 331 F Supp 827, 169 USPQ 403.

520. Le caractère faux n'est pas nécessaire, il sera suffisant que la pratique soit susceptible d'induire en erreur le public. *Geisel v. Poynter Products, Inc.* (1968, SD NY) 283 F Supp 261, 158 USPQ 450.

Mais la simple exagération ne sera pas suffisante. *Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Int'l, Inc.* (2000, CA5 Tex) 227 F3d 489, 56 USPQ2d 1246, 2000-2 CCH Trade Cases P 73029, cert den (2001) 532 US 920, 121 S Ct 1355, 149 L Ed 2d 285 ;

Critiquée dans *Johnson & Johnson Vision Care, Inc. v. 1-800 Contacts, Inc.* (2002, CA11 Fla) 299 F3d 1242, 2002-2 CCH Trade Cases P 73809, 15 FLW Fed C 854.

De manière générale, il est de tradition de considérer des deux côtés de l'Atlantique que l'exagération ou *puff* est largement admise au sein des communications commerciales. Voir V° « Procédés hyperboliques ».

521. Il est alors nécessaire qu'il y ait une probabilité de créer une confusion, probabilité qui va au-delà de la simple possibilité. *Westchester Media v. PRL USA Holdings, Inc.* (2000, CA5 Tex) 214 F3d 658, 55 USPQ2d 1225 critiqué dans *Eli Lilly & Co. v. Natural Answers, Inc.* (2000, CA7 Ind) 233 F3d 456, 56 USPQ2d 1942 ;

Matrix Motor Co. v. Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha (2003, CD Cal) 290 F Supp 2d 1083.

522. Il s'agira alors notamment de protéger les célébrités contre l'usage non désiré de leur image. *Stone v Creative Communications, Inc.* (1981, ND Ill) 216 USPQ 261.

Dans ce cas, la « marque » sera alors l'identité de la célébrité dont la reconnaissance sera attractive de clientèle. *Amazon Inc. v. Cannondale Inc.* (2000, DC Colo) 56 USPQ2d 1568, remanded (2001, CA10 Colo) 273 F3d 1271, 61 USPQ2d 1047, motions ruled upon, summary judgment gr, in part, summary judgment den, in part (2006, DC Colo) 2006 US Dist LEXIS 13406.

523. Ici comme en droit des pratiques commerciales déloyales, l'idée de campagne publicitaire traditionnelle est dépassée pour laisser place à celle de représentations pouvant être disséminées. *P&G Co. v. Haugen* (2000, CA10 Utah) 222 F3d 1262, 56 USPQ2d 1098, 2000-2 CCH Trade Cases P 73028, 2000 Colo J C A R 4973.

524. Il s'agira notamment des prix lors de publicités comparatives trompeuses. *American Consumers, Inc. v. Kroger Co.* (1976, ED Tenn) 416 F Supp 1210, 195 USPQ 460.

525. Traduction libre de 15 USCS §1125(a)(1).

526. Voir par exemple, *Zyla v. Wadsworth* (2004, CA1 Mass) 360 F3d 243, 69 USPQ2d 1915 ;

Ames Pub. Co. v. Walker-Davis Publications, Inc. (1974, ED Pa) 372 F Supp 1, 182 USPQ 46.

Ensuite, le caractère fédéral de la loi explique une volonté d'encadrer les commercialisations interétatiques⁵²⁷, mais cela n'empêche pas une application aux pratiques intra étatiques ayant un effet sur la situation commerciale nationale⁵²⁸.

213 Finalement, une solution est récemment venue clarifier le régime de la publicité trompeuse reposant sur ces dispositions⁵²⁹.

Selon cette dernière, pour établir une publicité fausse sous le *Lanham Act*, le demandeur doit démontrer que la publicité est trompeuse. Or pour cela, une telle demande doit être basée sur une des deux théories suivantes : soit, la publicité est factuellement fausse ; soit les déclarations sont vraies, mais de nature à tromper le consommateur⁵³⁰.

Or, en cas de publicité factuellement fausse comme celle qui était alors pratiquée, il existe une présomption de création de confusions au détriment du consommateur⁵³¹. Cela étant, il est rappelé avec constance qu'une telle confusion ne crée pas de présomption de préjudice au profit du concurrent à moins que ce dernier ou ses produits ne soient expressément visés⁵³² ou comme en l'espèce, que l'auteur et le concurrent victime soient les seuls acteurs sur ce marché.

De la même manière, POM WONDERFUL a mené un long combat pour se prévaloir de la possibilité de confusion créée par son concurrent PUR BREVAGE ayant lancé un produit dénommé PÖM alors qu'elle-même avait déposé la marque POM. Et finalement, le juge EBEL a appliqué le test dit de *Sleekcraft*⁵³³ reposant sur huit facteurs :

1. la force de la marque protégée ;
2. la proximité et la relation entre les produits ;
3. le type de produit et le soin des consommateurs dans l'achat d'un tel type de produit ;
4. la similitude entre les marques ;
5. les convergences entre les médias marketing ;
6. la preuve d'une confusion réelle d'un consommateur ;
7. la volonté lors du choix de la marque par l'auteur de la violation de la première ;

527. Not. *Cashmere & Camel Hair Mfrs. Inst. v. Saks Fifth Ave.* (2002, CA1 Mass) 284 F3d 302, 2002-1 CCH Trade Cases P 73628, cert den (2002) 537 US 1001, 123 S Ct 485, 154 L Ed 2d 396.

528. *Burger King of Florida, Inc. v. Brewer* (1965, WD Tenn) 244 F Supp 293, 146 USPQ 461.

529. *Merck Eprova AG v. Gnosis S.p.A.*, 2014 WL 3715078 (2d Cir. July 29, 2014)(Merck Eprova).

COLBATH B. et SHEPPARD MULLIN RICHTER & HAMPTON LLP, « Second Circuit Clarifies the Use of Legal Presumptions of Consumer Confusion and Injury in Certain Lanham Act Cases », JD Supra, [s.d.]. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/second-circuit-clarifies-the-use-of-legal-10908/>.

530. *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93, 112 (2d Cir. 2010) ; *S.C. Johnson & Son, Inc. v. Clorox Co.*, 241 F.3d 232, 238 (2d Cir. 2001).

531. *PPX Enterprises, Inc. v. Audiofidelity Enterprises, Inc.*, 818 F.2d 266, 273 (2d Cir. 1987).

532. *McNeilab, Inc. v. American Home Prods. Corp.*, 848 F.2d 34, 28 (2d Cir. 1988).

533. *AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341, 348-49 (9th Cir. 1979)

8. les probabilités d'expansion du produit initial.

Or, sur ces huit critères, il a été jugé que cinq étaient remplis par POM WONDERFUL et trois faisait l'objet d'une appréciation neutre : autrement dit, si la volonté lors du choix de l'auteur, la confusion réelle, et les probabilités d'expansion n'étaient pas certaines, ces facteurs ne jouaient ni en la faveur, ni en la défaveur du demandeur et donc les cinq autres facteurs imposaient de rejurer sur le fond⁵³⁴.

214 Il conviendra finalement dans un cas de cette espèce pour l'auteur de la pratique commerciale déloyale de réparer les préjudices causés résultant en : les pertes de ventes déroutées par l'auteur ; les pertes de profits résultant des obligations de publicité exercées pour répondre à la pratique déloyale ; et enfin des atteintes quantifiables portées à l'attractivité commerciale de la victime.

— 14) Créer, exploiter ou promouvoir un système de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres consommateurs dans le système plutôt que de la vente ou de la consommation de produits.

215 Il s'agira notamment ici de lutter contre les ventes dites « à la boule de neige ». En effet, le droit français⁵³⁵ encadrerait déjà cette pratique reposant sur le procédé selon lequel « chaque adhérent du réseau bénéficie d'un avantage sous la condition qu'il recrute plusieurs autres adhérents et ainsi de suite »⁵³⁶. Cela étant, il importe de noter que la loi pour le développement de la concurrence au service du consommateur⁵³⁷ n'a que partiellement modifié l'article L.122-6 du Code de la consommation⁵³⁸, il en résulte d'une part que le

534. *Pom Wonderful v. Hubbard*, N° 14-55253 (9th Cir. 2014).

535. Art. L.122-6 du Code de la consommation.

536. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Paris : Dalloz, 2015, §120.

537. Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

538. Code de la consommation, article L.122-6 : Sont interdits :

1° La vente pratiquée par le procédé dit « de la boule de neige » ou tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou inscriptions ;

2° (L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008, art. 39-III) « Le fait de proposer à une personne de collecter des adhésions ou de s'inscrire sur une liste en exigeant d'elle le versement d'une contrepartie quelconque et en lui faisant espérer des gains financiers résultant d'une progression du nombre de personnes recrutées ou inscrites plutôt que de la vente, de la fourniture ou de la consommation de biens ou services. »

(L. n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995) « Dans le cas de réseaux de vente constitués par recrutement en chaîne d'adhérents ou d'affiliés, il est interdit d'obtenir d'un adhérent ou affilié du réseau le versement d'une somme correspondant à un droit d'entrée ou à l'acquisition de matériels ou de services à vocation pédagogique, de formation, de démonstration ou de vente ou tout autre matériel ou service analogue, lorsque ce versement conduit à un paiement ou à l'attribution d'un avantage bénéficiant à un ou plusieurs adhérents ou affiliés du réseau.

En outre, il est interdit, dans ces mêmes réseaux, d'obtenir d'un adhérent ou affilié l'acquisition d'un stock de marchandises destinées à la revente, sans garantie de reprise du stock aux conditions de l'achat, déduction faite éventuellement d'une somme n'excédant pas 10% du prix correspondant. Cette garantie de reprise peut toutefois être limitée à une période d'un an après l'achat. »

droit précédemment disposé par le législateur français est resté inchangé et d'autre part que la directive est venue s'ajouter aux dispositions préexistantes. Ainsi cette loi, a-t-elle ajouté à l'article L.122-6 un deuxièmement rédigé comme suit « Le fait de proposer à une personne de collecter des adhésions ou de s'inscrire sur une liste en exigeant d'elle le versement d'une contrepartie quelconque et en lui faisant espérer des gains financiers résultant d'une progression du nombre de personnes recrutées ou inscrites plutôt que de la vente, de la fourniture ou de la consommation de biens ou services. ». La concordance entre cette disposition et celle de la directive est tout à fait convenable, mais à l'inverse, la présence persistante du premierement puis des alinéas trois et quatre, ne s'explique pas à la suite d'une transposition de directive d'harmonisation maximale. À tout le moins, il semble qu'il aurait été préférable, à l'instar des modifications apportées aux législations condamnées par la CJUE, de préciser que de telles pratiques seraient interdites si elles constituaient des pratiques commerciales déloyales au sens de la directive et de l'article L.120-1 du Code de la consommation. En effet, la CJUE a précisé récemment et désormais sans surprise que la pratique n° 14 devait être entendue strictement et que seul constituaient une pratique commerciale déloyale *per se* le système pyramidal de distribution qui exigeait une participation financière de la part du consommateur en échange de la possibilité pour ce dernier de percevoir une contrepartie ⁵³⁹.

- 216** Aux États-Unis, cette technique de vente est très encadrée et soit fera l'objet d'articles spécialement écrits à son sujet, soit sera incluse dans les listes de pratiques déloyales ⁵⁴⁰. Ces prises en compte engloberont tous régimes par lesquels un participant verse une contrepartie pour obtenir la chance de recevoir une compensation notamment pour introduire une ou plusieurs autres personnes dans le mécanisme ou lorsque la personne

539. CJUE, 3 avril 2014, « *4finance* » *UAB contre Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba et Valstybinė mokesčių inspekcija prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos*, aff. C-515/12, non encore publié(e) (Recueil général).

540. Statutes of Alaska, Sec. 45.50.471 ;
 Code of Alabama, §8-19-5 ;
 Code of Arkansas, 4-88-109 ;
 Arizona Revised Statutes, §44-1731 sqq. ;
 Colorado Revised Statutes, 6-1-105 ;
 Delaware Code, §2562 ;
 Official Code of Georgia Annotated, §10-1-411 ;
 Missouri Revised Statutes, §407-405 ;
 Mississippi Code Annotated, §75-24-53 ;
 Nebraska Revised Statutes, §87-302 ;
 New Mexico Statutes Annotated, §57-13-2 sqq. ;
 Nevada Revised Statutes Annotated, §598.100 sqq. ;
 Ohio Revised Code Annotated, 1333.91 sqq. ;
 Oregon Revised Statutes, §646.608 sqq. ;
 South Carolina Code Annotated, §39-5-30 ;
 South Dakota Codified Laws, §37-24-6 ;
 Texas Business & Commerce Code, §17.46 ;
 Utah Code Annotated, §13-11-4 ;
 Revised Code of Washington, §19.275.020 sqq. ;
 West Virginia Code, §46-15-1 sqq. ;
 Wyoming Statutes, §40-3-102 sqq.

introduite en rallie d'autres. Outre l'interdiction de proposer de tels programmes de vente à plusieurs niveaux, le vendeur ne devra pas, s'il le fait, associer son action à un autre commerçant ou à un représentant de l'État qui ne serait pas, dans les faits, réellement intégré au processus⁵⁴¹. Et même si le plan prévoit des limitations du nombre de participant ou d'autres conditions afin d'augmenter les opportunités de recevoir une compensation, ou si les participants reçoivent des biens et services en plus de la compensation visée, cette pratique sera interdite⁵⁴².

- 15) Déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas.

217 Cette même interdiction existe outre Atlantique où notamment le Code de l'Alabama⁵⁴³ interdit qu'une personne accomplisse une publicité fausse dans laquelle elle se présente comme cessant ses activités marchandes⁵⁴⁴.

- 16) Affirmer d'un produit qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard.
- 17) Affirmer faussement qu'un produit est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations.

218 Il convient ici de signaler l'affaire opposant la FTC à la société POM WONDERFUL où cette dernière affirmait que la boisson qu'elle produisait et vendait prévenait certaines maladies cardiaques, ainsi que les risques de cancers de la prostate ou de troubles érectiles alors que rien ne prouvait ces affirmations. La FTC a obtenu gain de cause et contraint la société POM WONDERFUL à réaliser des RCT⁵⁴⁵ afin de pouvoir continuer à se prévaloir de telles affirmations au sein de ses messages publicitaires⁵⁴⁶.

Il serait alors nécessaire que les décisions européennes soient éclairées par cette dernière qui permet d'encadrer les messages publicitaires à caractère médical par des avis de professionnels de la santé ; tout en nécessitant que ces derniers soient impartiaux.

- 18) Communiquer des informations factuellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver le produit, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché.
- 19) Affirmer dans le cadre d'une pratique commerciale qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable.

541. V. not. Official Code of Georgia Annotated, §10-1-414.

542. North Dakota Century Code, §51-16.1-02.

543. Code of Alabama, §8-19-5.

544. *Going out of business*.

545. Pour « *randomized, controlled, human clinical trial study* ».

546. *Pom Wonderful LLC v. FTC*, 13-1060, F.3d, (D.C. Cir. Jan. 30, 2015)

- 20) Décrire un produit comme étant « gratuit », « à titre gracieux », « sans frais » ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article.

219 Cette pratique peut être rapprochée de la pratique commerciale agressive décrite par le point 31, second tiret, de cette même annexe⁵⁴⁷, mais ne s'y limite pas, au-delà des loteries, jeux et concours, il s'agit ici de réglementer les ventes et locations de biens et services. En cela, cette disposition peut être mise en rapport avec les droits statutaires américains. Par exemple, le Michigan considère comme déloyale, déraisonnable ou trompeuse la pratique consistant à présenter qu'un consommateur recevra des biens ou services de manière « gratuite »⁵⁴⁸ ou « sans frais »⁵⁴⁹, ou à l'aide de mots ayant la même portée, sans clairement et visiblement divulguer les conditions et modalités préalables à l'utilisation ou la rétention des biens⁵⁵⁰.

Une telle réglementation pourra en outre être employée lors de loteries publicitaires, il reviendra alors au juge d'apprécier si dans le cas de l'espèce il s'agissait d'une promotion jouant sur la gratuité ou d'une loterie qui n'étant pas interdite per se devra être soumise au régime général de qualification des pratiques commerciales déloyales⁵⁵¹.

Une telle pratique permet en outre de lutter contre une nouvelle pratique qu'est l'offre d'applications, notamment pour smartphones, dites gratuites, mais nécessitant des achats au sein de ces dernières (dits in-app) afin d'obtenir une application complète⁵⁵².

- 21) Inclure dans le matériel promotionnel une facture ou un document similaire demandant paiement qui donne au consommateur l'impression qu'il a déjà commandé le produit commercialisé alors que ce n'est pas le cas.

220 Cette pratique vient renforcer l'interdiction des fournitures sans commande préalable en agissant en amont de la fourniture du bien ou service non désiré. Cette pratique est prise en considération outre-Atlantique où le législateur a imposé que lors d'un envoi d'une publicité, pour des biens ou services, qui pourrait raisonnablement être interprétée comme une facture ou un relevé de compte, soit apposée sur le document de manière visible et lisible la formulation suivant : « Ce document est une publicité pour l'achat de biens ou services et non une facture ou relevé de compte, vous n'êtes pas obligé d'effectuer un paiement,

547. Voir n° 138.

548. *free*

549. *without charge*

550. Michigan Compiled Laws Service, §445.903.

551. Voir not. CA Reims, 13 novembre 2012, SA Atol et autres c/ SAS Hans Anders France : JurisData n° 2012-029444, CCC 2013, comm. 69, obs. RAYMOND ;

Voir également V° Loteries.

552. Voir not. Commission européenne, Bruxelles, le 18 juillet 2014, « In-app purchases : Joint action by the European Commission and Member States is leading to better protection for consumers in online games », IP/14/847.

à moins d'accepter cette offre »⁵⁵³. D'autres États ont plus simplement choisi de considérer ces pratiques comme étant déloyales, car trompeuses, et donc dommageables par elles-mêmes⁵⁵⁴.

- 22) Faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur.
- 23) Créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit est disponible dans un État membre autre que celui dans lequel le produit est vendu.

221 Parallèlement, une classification peut être opérée au sein de cette liste de pratiques commerciales réputées trompeuses en toutes circonstances. Ainsi, le droit espagnol a choisi de classer ces pratiques selon que ces dernières seraient trompeuses :

- au sujet de codes de conduites ou d'autres signes distinctifs de qualité⁵⁵⁵ ;

Il s'agira ici des pratiques une à quatre, interdisant ainsi à un professionnel de déclarer faussement qu'il se trouve signataire d'un code de conduite, bénéficiaire d'un certificat, label de qualité ou équivalent, que le code de conduite auquel il souscrit a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre, ou enfin que lui, ou qu'un produit, a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé.

- par l'utilisation de techniques de prédation ou de pratiques promotionnelles trompeuses⁵⁵⁶ ;

Les méthodes de prédation interdites, car trompeuses seront celles énumérées par les points 5, 6, 15, 19, 20 de l'annexe I de la directive auxquelles viendra s'ajouter la pratique n° 31 de cette même annexe considérée comme agressive par la directive, mais comme trompeuse par le législateur espagnol⁵⁵⁷.

- au sujet de la nature ou des propriétés des biens ou services, de leur disponibilité et des services après-vente⁵⁵⁸ ;

553. Kansas Statutes Archive, §50-626 : « *THIS IS A SOLICITATION FOR THE PURCHASE OF GOODS OR SERVICES AND NOT A BILL, INVOICE OR STATEMENT OF ACCOUNT DUE. YOU ARE UNDER NO OBLIGATION TO MAKE ANY PAYMENTS UNLESS YOU ACCEPT THIS OFFER.* »

554. Minnesota Statutes, §325F.69 ;
Nebraska Revised Statutes, 87-302 ;
Utah Code Annotated, §13-11-4 ;
Vermont Statutes Annotated, §4402.

555. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, Artículo 21. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad.

556. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, Artículo 22. Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas.

557. Voir §140

558. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, Artículo 23. Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa.

Les déclarations trompeuses au sujet de ces qualités sont reprises par les pratiques 7 à 9, 16, 17, et 23.

- par l'utilisation d'un système pyramidal ⁵⁵⁹ ;

Cette technique particulièrement combattue et interdite par la pratique n° 14 de la directive se trouve isolée par le droit espagnol et considérée comme un acte de déloyauté *sui generis*.

- par la création d'une confusion ⁵⁶⁰ ;

L'imitation, créatrice de confusion, alors que non entendue comme une pratique commerciale déloyale par l'article 19 de la loi de concurrence déloyale espagnole, est ensuite considérée comme déloyale *per se* en application d'une transposition du point 13 de l'annexe I de la directive d'interprétation maximale.

- par la dissimulation de leur caractère commercial ⁵⁶¹ ;

Au même titre que le PRÉSIDENT KENNEDY affirmait que chaque citoyen était un consommateur, il est possible de dire *a contrario* que les professionnels ne sont pas que des commerçants. Cela étant, lorsqu'ils agiront en tant que tels, le consommateur devra en être informé, il ne serait notamment pas loyal, car trompeur, d'utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit financé par un professionnel, sans l'indiquer clairement ⁵⁶².

- et enfin les autres pratiques commerciales trompeuses ⁵⁶³.

Ici sont respectivement reprises les pratiques, 10, 12, 18, 21 et 22 de l'annexe I de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs.

II La réglementation de la publicité .

- 222** La problématique soulevée par la réglementation de la publicité commerciale consiste dans la concurrence entre certaines libertés fondamentales dues aux auteurs d'actes de publicité, et des réglementations protégeant certains intérêts particuliers.

Ainsi, si la publicité est par principe libre (A), certains aménagements ont été portés à ce principe (B).

A Le principe de liberté de la publicité .

- 223** L'auteur d'un acte de publicité commerciale, comme tout entrepreneur se voit certaines

559. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, Artículo 24. Prácticas de venta piramidal.

560. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, Artículo 25. Prácticas engañosas por confusión.

561. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, Artículo 26. Prácticas comerciales encubiertas.

562. Dir. 2005/29/CE, Annexe I, point 11.

563. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal, Artículo 27. Otras prácticas engañosas.

libertés garanties. Tout d'abord, en tant qu'acteur économique, lui est accordé depuis le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791⁵⁶⁴ la liberté du commerce et de l'industrie (1), parallèlement à cette liberté, en tant que citoyen, doit lui être accordée une liberté d'expression (2).

1 Publicité commerciale et liberté du commerce et de l'industrie .

224 Le contenu de la liberté du commerce et de l'industrie est formé de la liberté d'entreprendre et la liberté d'exploiter auxquelles on rattache traditionnellement la liberté de la concurrence⁵⁶⁵. La liberté d'entreprendre a acquis une valeur constitutionnelle depuis le 16 janvier 1982⁵⁶⁶, et son corollaire, la liberté de la concurrence, est consacré par l'article L.410-2 du code de commerce français⁵⁶⁷. D'un point de vue européen, si l'on en croit le traité de fonctionnement de l'Union européenne⁵⁶⁸, la liberté d'entreprendre et d'exploiter se traduit par une liberté d'établissement, puis de circulation, alors que la liberté de la concurrence s'illustre principalement par l'interdiction d'entente ou d'abus de position dominante, ou encore par la réglementation des aides d'État. Cela étant l'application de ces dernières règles ne présente aucune originalité par rapport au droit commun⁵⁶⁹.

a La liberté d'établissement .

225 « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux »⁵⁷⁰.

Il ressort de cette disposition que l'auteur d'un acte de publicité, s'il est ressortissant d'un État membre, reçoit de plein droit une liberté de s'établir sur le territoire d'un autre État membre.

564. Décret d'Allarde, art. 7 : « il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art, ou métier qu'il trouvera bon ».

565. Y. PICOD et al., « Concurrence déloyale », Répertoire de droit commercial, Dalloz, octobre 2014.

566. Rev. sociétés 1982. 132, note GUYENOT ; D. 1983. 169, note HAMON.

567. Art. L410-2 Code de commerce : « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

568. Par la suite TFUE

569. M. LUBY, « Publicité commerciale », Répertoire de droit européen, Dalloz, juin 2015, n°s 31-35.

570. Art. 49 TFUE.

Cette liberté de s'établir ne doit cependant pas être assimilée à une liberté d'exercice sans condition ou selon les conditions de l'État d'origine. En effet, si cet auteur a pleinement le droit de s'établir au sein de cet autre État membre, il devra néanmoins en respecter les règles ; règles qui elles-mêmes devront respecter le principe de libre concurrence des articles 101 à 109 du TFUE ainsi que le principe de non-discrimination de l'article 18 de ce même traité. Ce même auteur pourra, toujours selon le TFUE, poursuivant l'objectif d'un marché unique, circuler librement, mais surtout faire circuler ses produits.

b La liberté de circulation .

226 En effet, outre la liberté de circulation des Hommes et des capitaux, deux rapports peuvent être vus entre la publicité et la liberté de circulation⁵⁷¹.

❖ La liberté de circulation des marchandises .

227 Tout d'abord, la publicité affecte la circulation des marchandises. En effet, bien que l'acte de publicité ne peut pas être considéré comme une marchandise, mais comme un service, son objectif est une diffusion accrue des produits qu'elle vante. Ainsi, si une publicité était interdite sur le territoire d'un État membre, bien que cette interdiction ne concorderait pas avec l'interdiction des biens ou services loués par la publicité, elle viendrait en diminuer l'importance. Il s'agit ici du but premier de la publicité qui si elle ne permettait pas une plus grande reconnaissance des produits, de leur producteur ou distributeur, ne serait pas exercée. Cet aspect quantitatif est relevé par les articles 34 et 35 du TFUE selon lesquels « les restrictions quantitatives (à l'importation pour l'article 34 ou à l'exportation pour l'article 35), ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres ». C'est cet « effet équivalent » qu'il fallait définir, et que la CJUE, par un arrêt généreux, a défini comme « toute règle susceptible d'entraver, directement ou indirectement, effectivement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »⁵⁷², ne conservant ainsi qu'un critère d'effet restrictif sur les échanges sans analyse de son ampleur. Cette absence d'analyse a conduit à une augmentation trop importante du contentieux, où les articles 28 et suivants du TCE, devenus 34 et suivant du TFUE, étaient systématiquement soulevés pour contester toute réglementation ayant pour effet de porter atteinte à la liberté commerciale.

228 Cette inflation a continué jusqu'en 1993, lorsque la CJUE, certainement pour endiguer cette inflation⁵⁷³, a décidé de redéfinir la notion « d'effet équivalent ». Elle décidait dans les affaires

571. M. LUBY, « Publicité commerciale », op. cit.

572. CJUE, 11 juillet 1974, Aff. 8/74, *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, Rec. 837.

573. CJUE, 24 novembre 1993, Aff. Jointes C-267/91 et C-268/91, *Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard*, Rec. I. 6097. Point 14 : « Étant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres, la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière ».

Keck et Mithouard de distinguer entre les règles relatives aux « conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement) », de celles qui « limitent ou interdisent certaines modalités de vente ». En effet, alors que les premières restent interdites même si elles sont indistinctement applicables à tous les produits, et ce, dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises. Les secondes, ne le sont plus, « pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres ». Cette distinction a eu pour effet d'exclure une grande partie des législations nationales en matière de publicité commerciale du ressort des articles 34 et suivants du TFUE, et ce même si la Cour affirmait que la pratique pouvait avoir un impact sur la quantité des échanges intraeuropéens. Un malaise a donc pu être ressenti dans les arrêts suivant les affaires *Keck et Mithouard* et la Cour a essayé de battre en retrait, tentant, tantôt de revenir sur la position de l'arrêt *Dassonville*, tantôt de se réfugier derrière des directives d'harmonisation ou encore de laisser le pouvoir d'appréciation aux juges nationaux⁵⁷⁴.

229 C'est alors que l'arrêt *Konsumentombudsmannen (KO) contre Gourmet International Products AB (GIP)*⁵⁷⁵ a ouvert une brèche en indiquant, après avoir rappelé que « l'appréciation à porter, en fonction des circonstances de fait, sur l'existence ou non d'une entrave au commerce intracommunautaire revient à la juridiction nationale »⁵⁷⁶, qu'aux « termes du point 17 de l'arrêt *Keck et Mithouard*, précité, pour que des dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente échappent au domaine d'application de l'article 30 du traité, elles ne doivent pas être de nature à empêcher l'accès au marché des produits en provenance d'un autre État membre ou à le gêner davantage qu'elles ne gênent celui des produits nationaux »⁵⁷⁷. En l'espèce, elle relève que la consommation de boissons alcooliques en Suède est liée à « des pratiques sociales traditionnelles ainsi qu'à des habitudes et des usages locaux », qu'ainsi, « une interdiction de toute publicité à destination des consommateurs par voie d'annonces dans la presse, à la radio et à la télévision, par envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres États membres que celui des produits nationaux, avec lesquels le consommateur est spontanément mieux familiarisé »⁵⁷⁸. Il apparaît ainsi que la raison de santé publique relevée

574. M. LUBY, « Publicité commerciale », op. cit.

575. CJUE, 8 mars 2001, Aff. C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) contre Gourmet International Products AB (GIP)*, Rec. I 1795.

576. *Ibid*, point 17.

577. *Ibid*, point 18.

578. *Ibid*, point 21.

par la Suède ne peut être soulevée, étant donné qu'il « ne peut être exclu que, en l'absence de la législation en cause au principal, l'évolution signalée eût été plus forte »⁵⁷⁹.

Cet arrêt bien qu'ouvrant une brèche, ne remet pas totalement en cause les jurisprudences *Keck et Mithouard* ou même *Dassonville*⁵⁸⁰, il apparaît donc que l'avenir semble incertain au sujet de cette question, mais qu'une approche de plus en plus subjective, casuistique et pragmatique semble être opérée.

Enfin, après cette étude de la publicité comme vectrice de produit, il serait nécessaire de l'étudier comme produit en elle-même. En effet, un marché de la publicité est ouvert et celle-ci représente une valeur qui peut être vendue, achetée, mais aussi concurrencée.

❖ La liberté de circulation des services .

230 En tant que prestation de service, la publicité est avant tout régie par le droit commun de la libre prestation de service reconnue par les articles 56 et suivants du TFUE. Cela étant, le droit de l'Union européenne dérivé s'est, de manière ponctuelle, lui aussi penché sur la question.

• Les articles 56 et suivants du TFUE .

231 « Les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation »⁵⁸¹.

L'application par la CJUE de cet article aux prestations de services publicitaires a pour grande partie été effectuée à propos de publicité télévisée. C'est ainsi que pour la première fois, le 30 avril 1974⁵⁸², la CJUE a énoncé que « l'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève, en tant que telle, des règles du traité relatives aux prestations de services ». L'objectif poursuivi consistant en une libéralisation complète du marché de prestation de services⁵⁸³, il coulait de sens que cette liberté vienne s'appliquer à des prestations transfrontalières, telles que la transmission de messages publicitaires, par une chaîne émettant depuis un État membre, pour une entreprise située sur un autre État membre⁵⁸⁴, et cela, même si le diffuseur s'est établi en dehors de l'État dans le seul but d'échapper à cette réglementa-

579. *Ibid*, point 22.

580. M. LUBY, « Publicité commerciale », op. cit.

581. Art. 56 TFUE.

582. CJUE, 30 avril 1974, Aff. 155-73, *Giuseppe Sacchi*, Rec. 409.

583. Art. 60 TFUE : Les États membres s'efforcent de procéder à la libéralisation des services au-delà de la mesure qui est obligatoire en vertu des directives arrêtées en application de l'article 59, paragraphe 1, si leur situation économique générale et la situation du secteur intéressé le leur permettent. La Commission adresse aux États membres intéressés des recommandations à cet effet.

584. CJUE, 26 avril 1988, Aff. 352/85, *Bond van Adverteerders et autres contre État néerlandais*, Rec. 2085.

tion⁵⁸⁵, ou encore lorsque la réglementation interdit à une entreprise située sur son territoire de viser un public situé sur un autre État membre⁵⁸⁶. Enfin, cette construction jurisprudentielle peut être résumée autour du principe selon lequel, dès lors qu'une réglementation affecte l'offre transfrontalière, elle constitue une atteinte à la libre prestation de service qui doit être condamnée sur le fondement des articles 56 et suivants du TFUE⁵⁸⁷. Il apparaît donc que cet article et la liberté qui en découle peuvent trouver application à l'encontre de la totalité des législations concernant la publicité commerciale. Cela étant, cette application, et la libéralisation qui en découle, bien que très larges ne sont pas sans limites. En effet, une réglementation de la publicité entraînant une affectation de l'offre transfrontalière peut être édictée si elle répond aux nécessités prévues par l'article 52 du TFUE⁵⁸⁸, c'est-à-dire d'ordre public, de sécurité publique, ou de santé publique, ou encore aux nécessités d'un intérêt général reconnu par la Cour de Justice, le tout pouvant être résumé sous le nom de « raisons impérieuses d'intérêt général ». Cette notion, élaborée par la CJUE, a été reprise par la directive du 12 décembre 2006, n° 2006/123/CE, relative aux services dans le marché intérieur, qui la caractérise comme couvrant « au moins les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, au sens des articles 46 et 55 du traité, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme

585. CJUE, 5 octobre 1994, Aff. 23/93, *TV10 SA contre Commissariaat voor de Media*, Rec. I-04795 : « La notion de prestation de services visée par les articles 59 et 60 du traité CEE couvre la diffusion, par l'intermédiaire d'exploitants de réseaux de câbles établis dans un État membre, de programmes télévisés offerts par un organisme de radiodiffusion établi dans un autre État membre, même si cet organisme s'y est établi dans le but de se soustraire à la législation applicable dans l'État de réception aux organismes nationaux de radiodiffusion ».

586. CJUE, 10 mai 1995, Aff. 384/93, *Alpine Investments BV contre Minister van Financiën*, Rec. I-01141 : « La réglementation d'un État membre qui interdit aux prestataires de services établis sur son territoire d'adresser des appels téléphoniques non sollicités à des clients potentiels établis dans d'autres États membres en vue de proposer leurs services constitue une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 59 du traité ».

587. En ce sens, CJUE, 8 mars 2001, Aff. C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) contre Gourmet International Products AB (GIP)*, Rec. I 1795, point 39 : « En effet, une mesure telle que l'interdiction de la publicité en cause au principal, même si elle est dépourvue de caractère discriminatoire, affecte l'offre transfrontalière d'espaces publicitaires de façon particulière compte tenu du caractère international du marché de la publicité dans la catégorie de produits visée par l'interdiction et constitue, de ce fait, une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 59 du traité (voir, en ce sens, arrêt *Alpine Investments*, précité, point 35) ».

588. Art. 52 du TFUE : Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

2. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent des directives pour la coordination des dispositions précitées.

de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire ». Il est important de rappeler, tel que l'emploi de l'expression « au moins » le laisse penser, que cette énumération n'est pas exhaustive.

- **Le droit dérivé** .

232 D'une part, la directive 2006/123/CE, dispose dans son point 100 qu'il « convient de mettre fin aux interdictions totales des communications commerciales pour les professions réglementées, non pas en levant les interdictions relatives au contenu d'une communication commerciale sinon celles qui, de manière générale et pour une profession donnée, interdisent une ou plusieurs formes de communication commerciale, par exemple toute publicité dans un média donné ou dans certains d'entre eux. En ce qui concerne le contenu et les modalités des communications commerciales, il convient d'inciter les professionnels à élaborer, dans le respect du droit communautaire, des codes de conduite au niveau communautaire ». Il s'agit ainsi d'ouvrir la concurrence relative aux différents moyens de communication commerciale pouvant être utilisés par les agents de professions réglementées.

233 D'autre part, la directive 2010/13/UE, du 10 mars 2010, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), est venue pour une meilleure cohérence et lisibilité abroger la directive 89/552/CEE modifiée substantiellement par les directives 97/36/CE et 2007/65/CE, pour mieux la codifier. Selon l'article 3 de cette directive, « Les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire de services de médias audiovisuels en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la présente directive ». Cette liberté de réception ne peut être entravée que si certaines conditions sont remplies.

Ici, la directive distingue entre les médias télévisuels et audiovisuels. Concernant les médias télévisuels, les États peuvent déroger de manière provisoire à la liberté de réception si « une émission télévisée en provenance d'un autre État membre enfreint d'une manière manifeste, sérieuse et grave l'article 27, paragraphe 1⁵⁸⁹ ou 2⁵⁹⁰, et/ou l'article 6⁵⁹¹ », et ce, si cette infraction a été réitérée au cours des douze derniers mois, qu'une notification écrite a été envoyée à l'organisme de radiodiffusion, et qu'aucun règlement amiable n'a été trouvé.

589. « Les États membres prennent les mesures appropriées pour que les émissions des organismes de radiodiffusion télévisuelle qui relèvent de leur compétence ne comportent aucun programme susceptible de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs, notamment des programmes comprenant des scènes de pornographie ou de violence gratuite ».

590. « Les mesures visées au paragraphe 1 s'étendent également aux autres programmes qui sont susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs, sauf s'il est assuré, par le choix de l'heure de l'émission ou par toute mesure technique, que les mineurs se trouvant dans le champ de diffusion ne sont normalement pas susceptibles de voir ou d'entendre ces émissions ».

591. « Les États membres veillent, par des mesures appropriées, à ce que les services de médias audiovisuels fournis par les fournisseurs relevant de leur compétence ne contiennent aucune incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité ».

- 234** Concernant les médias audiovisuels, la dérogation doit répondre aux besoins de l'ordre public, de la santé publique, de la sécurité publique, ou de la protection des consommateurs⁵⁹². Un annonceur qui souhaiterait diffuser une publicité sur le territoire de plusieurs États membres devrait donc adapter son message aux législations en vigueur dans ces différents États, ce qui est, certes, un frein à l'exportation du message publicitaire, mais s'explique par les différences encore importantes entre les us et coutumes sociaux pouvant exister d'un bout à l'autre de l'Espace Economique Européen.
- 235** Enfin, pour établir la compétence de l'État membre, il est nécessaire de se conformer à l'article 2 de cette directive selon lequel, sont soumis à la compétence de l'État membre les fournisseurs de services de média établis sur son territoire. Il en sera ainsi des fournisseurs ayant d'une part leur siège social sur le territoire de l'État membre, et d'autre part, prenant les décisions éditoriales sur ce même territoire ; mais aussi des fournisseurs ayant leur siège social sur le territoire, mais ne prenant pas les décisions éditoriales sur ce même territoire, à condition qu'une partie importante des effectifs employés au service des médias audiovisuels y opère. En outre, dans le cas où une partie importante de ces effectifs serait employée sur différents territoires, la condition de compétence serait celle de la situation du siège social ; à l'inverse, lorsqu'une partie importante de ces effectifs n'opère dans aucun des États membres, l'État compétent sera celui où l'opérateur aura entrepris ses activités à condition qu'il maintienne un lien économique stable et réel avec cet État membre.
- 236** Cela dit, si le fournisseur a son siège social sur le territoire d'un État membre, mais que les décisions relatives aux médias audiovisuels sont prises sur le territoire d'un pays tiers, le fournisseur sera considéré comme établi sur le territoire de cet État si une partie importante des effectifs employés aux activités de services de médias audiovisuels opère dans cet État membre. Ce même État sera aussi compétent pour les fournisseurs qui ne sont pas établis sur son territoire, mais qui utilisent une liaison montante vers un satellite situé sur cet État membre, ou une capacité satellitaire relevant de cet État.
- Enfin, en cas d'incapacité à déterminer l'État compétent selon ces conditions, il sera désigné par recours aux articles 49 et suivants du TFUE.

2 Publicité commerciale et liberté d'expression

- 237** Déjà en 1989, la CourEDH a affirmé que la liberté d'expression ne « s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression », qu'ainsi, le caractère commercial de l'expression n'empêchait pas de se prévaloir d'une telle liberté⁵⁹³. Puis elle précisait en 1994⁵⁹⁴ que la publicité commerciale entrait dans le champ d'application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantissant la liberté

592. Dir. 2010/13/UE, Art. 3.4.a.i.

593. CourEDH, 20 novembre 1989, Requête n° 10572/83, affaire *markt intern verlag gmbh et klaus beermann c. Allemagne*.

594. CourEDH, 24 février 1994, Requête n° 15450/89, affaire *casado coca c. Espagne*.

d'expression⁵⁹⁵. Cependant, la CJUE s'attachait de manière constante aux droits fondamentaux proclamés par la Conv.EDH⁵⁹⁶. Cela étant, certains arrêts montrent une telle intégration du droit issu de la Conv.EDH, qu'ils appliquent l'article 10 sans se référer aux principes généraux de l'Union européenne⁵⁹⁷. La publicité, en tant que vecteur de message, soit-il publicitaire, bénéficie donc de l'application de l'article 10 de la Conv.EDH consacrant la liberté d'expression⁵⁹⁸. Cela dit, cette liberté est limitée, d'une part, par le système de l'abus de droit de l'article 17 de la Conv.EDH⁵⁹⁹, et d'autre part, par sa rédaction elle-même⁶⁰⁰. En effet, selon le second alinéa de cet article cette liberté peut être soumise « à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Ainsi, trois conditions semblent être imposées par cet alinéa, tout d'abord, la limitation doit être prévue par la loi, ensuite, elle doit être justifiée par un intérêt général, et enfin, elle doit être nécessaire dans une société démocratique.

C'est ainsi qu'a été réglementée la publicité ciblée. En effet, celle-ci, bien que trompeuse, car n'indiquant pas l'origine des informations obtenues par le professionnel sur le consomma-

595. Art. 10 Conv.EDH : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

596. CJUE, 14 mai 1974, Aff. 7/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 491, attendu 13 : « attendu que, ainsi que la Cour l'a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ;

qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États ;

que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ;

que c'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciés les griefs soulevés par la requérante ».

Attendu repris, en matière de publicité commerciale, par CJUE, 25 juillet 1991, Aff. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres contre Commissariaat voor de Media*, Rec. I-04007.

597. CJUE, 23 octobre 2003, Aff. C-245/01, *RTL Television GmbH contre Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rec. I-12489.

598. Notamment intégré au droit du Royaume-Uni par l'*Human Right Act* de 1998.

599. Art. 17 Conv.EDH : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ».

600. Art. 10, al. 2, Conv.EDH.

teur, est avant tout agressive, car elle porte atteinte aux droits du consommateur. Le pont entre les pratiques commerciales agressives et trompeuses est donc encore une fois apparent⁶⁰¹.

238 De la même manière, la liberté d'expression bénéficie d'une protection notamment assurée par le premier amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique considéré comme la partie la plus importante de la Constitution. En effet, ce dernier dispose que « Le Congrès ne fera aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de parole ou de la presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour le redressement de leurs griefs ».

Puis la jurisprudence de la Cour suprême a affirmé dès les années 1970 que cette liberté devait être assurée même en présence d'expression commerciale⁶⁰².

Malgré une économie fondamentalement basée sur la liberté, il convient de noter que cette protection n'est pas accordée aux publicités mensongères, trompeuses ou encore fallacieuses⁶⁰³.

Finalement, la liberté commerciale ne bénéficie pas uniquement du régime issu des libertés fondamentales du commerce et de l'industrie, ainsi que de l'expression, elle se trouve soumise à certaines réglementations.

B Les aménagements du principe .

239 En effet, en tant que pratique économique, et parce que l'Union européenne n'est pas une Union abandonnée au libéralisme, l'activité publicitaire se trouve d'une part, selon le secteur de l'activité, du produit, ou du support publicitaire, soumise à certaines réglementations (1), et d'autre part, de manière plus générale, soumise à d'autres réglementations (2).

1 Les réglementations sectorielles .

240 La publicité, se trouve triplement limitée. En effet, elle le sera tout d'abord, selon le produit (a) ou service qu'elle promeut, ensuite, selon l'activité (b) de la personne au profit de laquelle elle sera effectuée, et enfin, selon le support (c) publicitaire choisi.

601. Pour un développement sur la publicité, voir §222 sqq.

602. Voir not. *Pittsburgh Press Co. v. Human Rel. Comm'n*, 413 US 376 [1973];

Bigelow v. Virginia, 421 US 809 [1975];

Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 US 748 [1976];

Cités par S. VACARELU S. et Association HENRI CAPITANT des amis de la culture juridique française, « Rapport américain, la concurrence déloyale », in *La concurrence*, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.).

603. *Greater New Orleans Broadcasting As'n, Inc. v. US*, 527 US 173 [1999];

Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York, 447 US 557 [1980];

Cités par S. VACARELU S. et Association HENRI CAPITANT des amis de la culture juridique française, op cit.

a Les produits et services réglementés .

241 Certains produits peuvent porter atteinte à la santé ou à la sécurité du consommateur, c'est pourquoi le législateur a choisi de réglementer la publicité à leur profit. Ainsi, la santé et la sécurité du consommateur apparaissent comme une limite possible au principe de libre échange prôné par l'Union européenne. Le législateur, conscient de l'effet de la publicité sur la masse de produits vendus, entend l'encadrer de manière restrictive afin de réduire *in fine* le commerce de ces produits lorsque ceux-ci sont en tout cas dangereux, ou stimuler une concurrence génératrice de qualité lorsque cela est possible.

Ici, la publicité est vue comme un vecteur de produit, mais aussi comme un vecteur d'information important, d'autant plus important qu'il permettra au consommateur de poursuivre ou non l'acquisition de produits potentiellement dangereux pour sa santé ou sa sécurité.

Il ne sera ici question que des produits dont la publicité a spécialement été visée. Cela étant, il faut noter que la publicité d'autres produits a été ponctuellement et marginalement encadrée⁶⁰⁴.

242 Enfin, il convient de rappeler que ces réglementations ne devront pas être impactées par l'application de la directive qui exclut de son champ d'application les règles de protection de la santé des consommateurs⁶⁰⁵.

Cependant, une rapide étude de ces réglementations sera tout de même opérée, car si la directive ne vient pas directement encadrer les pratiques pouvant porter atteinte aux intérêts sanitaires des consommateurs, il sera possible de se reposer sur le caractère trompeur de telles pratiques, portant indirectement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs, afin de les sanctionner sur le fondement de la directive et des pratiques commerciales trompeuses⁶⁰⁶.

❖ La publicité au profit de denrées alimentaires .

243 La directive du 20 mars 2000⁶⁰⁷, régit l'étiquetage de la totalité des denrées alimentaires, d'autre part, la directive du 24 septembre 1990⁶⁰⁸, établit les règles relatives au contenu et à

604. ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, Concurrence, consommation, 2015-2016, Levallois : Éditions Francis Lefebvre, 2014., n^{os} 59570 sqq.

605. Voir, p. 50 sqq.

606. C'est d'ailleurs suivant cette logique qu'ont été sanctionnées les pratiques visant à qualifier de *light* certaines cigarettes faisant ainsi croire aux consommateurs que ces dernières étaient moins dangereuses pour la santé. Si le préjudice sanitaire ne permettait pas de lier les consommateurs, car étant trop différent d'un consommateur à l'autre ; le préjudice économique découlant de l'induction en erreur permettait de constituer une classe et de poursuivre cette pratique ayant modifié le comportement économique des consommateurs vis-à-vis de ces produits.

Voir en ce sens *Price v. Philip Morris* 848 N.E.2d 1 (Ill. 2005) ; et *infra*, n^{os} 523 sqq.

607. Directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard.

608. Directive 90/496/CEE du Conseil, du 24 septembre 1990, relative à l'étiquetage nutritionnel des denrées alimentaires.

la présentation des informations nutritionnelles des denrées alimentaires. Outre ces réglementations générales, d'autres dispositions s'appliquent soit à toutes les denrées alimentaires, dans certaines circonstances données, soit à certaines denrées alimentaires. Il en ressort que le corpus juridique concernant la publicité et plus généralement l'information à propos des denrées alimentaires est assez confus et difficile à appréhender, ce qui de manière pragmatique pose des difficultés aux commerçants et industriels qui se répercutent sur les coûts liés à la commercialisation de telles denrées.

244 À l'autre bout de la chaîne de commercialisation, le consommateur utilise ces informations et les met en corrélation avec sa santé. C'est pourquoi, le 30 mai 2010, la Commission a publié un livre blanc intitulé « Une stratégie européenne pour les problèmes de santé liés à la nutrition, la surcharge pondérale et l'obésité ». Il s'agissait ainsi, tel qu'intitulait la Commission l'une de ses communications, de responsabiliser le consommateur, améliorer son bien-être, et le protéger efficacement.

245 Toute cette effervescence autour de l'information au profit des denrées alimentaires a donc mené le Parlement et le Conseil européens au règlement 1169/2011/UE⁶⁰⁹ venant abroger les directives 90/496/CEE et 2000/13/CE, et les remplacer par un règlement unique « garant de la sécurité pour les consommateurs comme pour les autres parties prenantes »⁶¹⁰, applicable à partir du 13 décembre 2014.

Ce règlement retient la définition des denrées alimentaires fixée par le règlement 178/2002/CE, c'est-à-dire, « toute substance ou produit, transformé, partiellement transformé ou non transformé, destiné à être ingéré ou raisonnablement susceptible d'être ingéré par l'être humain »⁶¹¹.

En outre, il vient s'intégrer au moins de deux manières à la directive 2005/29/CE, tout d'abord, tout comme elle, il vise un niveau d'information élevé des consommateurs pour que ceux-ci puissent se décider en toute connaissance de cause⁶¹². Il s'agit alors de protéger le consentement éclairé du consommateur afin de stimuler la concurrence ce qui permet donc de retrouver ce pont qui semble désormais érigé de manière permanente entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Ensuite, il exige de manière fondamentale⁶¹³, que les pratiques soient loyales en matière d'information⁶¹⁴.

609. Règlement 1169/2011/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, modifiant les règlements (CE) n° 1924/2006 et (CE) n° 1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) n° 608/2004 de la Commission.

610. *Ibid*, considérant 11.

611. Pour une définition complète : règlement 178/2002/CE du parlement européen et du conseil du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, article 2.

612. Règlement 1169/2011/UE, article 3.

613. *Ibid*, article 6.

614. *Ibid*, article 7.

246 Il vient ensuite, rationaliser, rassembler, et réorganiser pour une lisibilité accrue, les différentes dispositions déjà existantes sur les informations au sujet des denrées alimentaires. Ainsi il distingue entre les mentions obligatoires et les mentions facultatives. Les informations suivantes⁶¹⁵ devront donc être obligatoirement apposées sur la denrée, « à un endroit apparent de manière à être facilement visibles, clairement lisibles et, le cas échéant, indélébiles »⁶¹⁶ :

- la dénomination de la denrée alimentaire ;
- la liste des ingrédients ;
- les ingrédients ou auxiliaires technologique, ou dérivé d'une substance ou d'un produit provoquant des allergies ou des intolérances, utilisés dans la fabrication ou la préparation d'une denrée alimentaire et encore présents dans le produit fini, même sous une forme modifiée ;
- la quantité de certains ingrédients ou catégories d'ingrédients ;
- la quantité nette de denrées alimentaires ;
- la date de durabilité minimale ou la date limite de consommation ;
- les conditions particulières de conservation et/ou d'utilisation ;
- le nom ou la raison sociale et l'adresse de l'exploitant du secteur alimentaire, c'est-à-dire, l'exploitant sous le nom ou la raison sociale duquel la denrée alimentaire est commercialisée ou, si ledit exploitant n'est pas établi dans l'Union, l'importateur sur le marché de l'Union⁶¹⁷ ;
- le pays d'origine ou le lieu de provenance ; « dans les cas où son omission serait susceptible d'induire en erreur les consommateurs sur le pays d'origine ou le lieu de provenance réel de la denrée alimentaire, en particulier si les informations jointes à la denrée ou l'étiquette dans son ensemble peuvent laisser penser que la denrée a un pays d'origine ou un lieu de provenance différent », ainsi que « pour la viande relevant des codes de nomenclature combinée (NC) »⁶¹⁸, c'est-à-dire, les viandes des animaux des espèces, porcines, ovines, caprines, ainsi que les volailles, fraîches, réfrigérées, ou congelées⁶¹⁹ ;
- un mode d'emploi, lorsque son absence rendrait difficile un usage approprié de la denrée alimentaire ;
- pour les boissons titrant plus de 1,2% d'alcool en volume, le titre alcoolométrique volumique acquis ;
- une déclaration nutritionnelle.

615. *Ibid*, article 9.

616. *Ibid*, article 12.

617. *Ibid*, article 8.

618. *Ibid*, article 26.

619. *Ibid*, Annexe XI.

Outre ces mentions obligatoires, quelle que soit la denrée, d'autres mentions le sont en fonction de la denrée ou de son mode de commercialisation⁶²⁰. À l'inverse, toutes les autres informations apposées sur la denrée le seront de manière facultative.

247 En tout état de cause, comme il a été mentionné auparavant, ces informations devront être données de manière loyale dans le sens où, d'une part, elles ne devront pas induire en erreur le consommateur notamment sur les caractéristiques, les qualités ou effets, ou encore sur la composition de la denrée⁶²¹. D'autre part, ces informations devront être précises, claires, et aisément compréhensibles par le consommateur. Cela se caractérisera notamment par l'emploi d'une langue aisément compréhensible, étant précisé que l'État où la denrée sera commercialisée pourra imposer que les mentions figurent dans une ou plusieurs langues officielles de l'Union⁶²².

248 Enfin, comme l'information ne peut être entendue comme une composante de la publicité que si l'on retient une définition plutôt large de cette dernière, il est important de préciser que le règlement précise expressément que cette obligation de loyauté s'applique aussi à la publicité⁶²³. Celle-ci étant entendue, selon la définition reprise à la directive 2006/114/CE comme « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations »⁶²⁴.

249 De la même manière, les États-Unis ont réglementé à l'échelon fédéral la vente de produits alimentaires. Parmi ces réglementations, le paragraphe 331 du titre 21 du Code des États-Unis interdit toute activité commerciale qui aurait rapport avec un aliment impur ou mal nommé.

Ce même code définit de manière particulièrement large en quoi consiste un aliment impur, c'est-à-dire un aliment n'offrant pas des conditions de sécurité pour le consommateur suffisantes⁶²⁵.

620. *Ibid*, annexe III et article 14.

621. D'ailleurs, il a très récemment été jugé que ces réglementations « s'opposent à ce que l'étiquetage d'une denrée alimentaire et les modalités selon lesquelles celui-ci est réalisé puissent suggérer, au moyen de l'apparence, de la description ou d'une représentation graphique d'un ingrédient déterminé, la présence de ce dernier dans cette denrée alors que, en fait, cet ingrédient y est absent, cette absence ressortant uniquement de la liste des ingrédients qui figure sur l'emballage de ladite denrée ». En effet, en l'espèce, la liste des ingrédients mettait en lumière la présence d'édulcorant, mais la présentation générale laissait à penser que les infusions étaient naturellement aromatisées.

CJUE, 4 juin 2015, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. contre Teekanne GmbH & Co. KG*, aff. C-195/14, non encore publié(e) (Recueil général).

622. *Ibid*, article 15.

623. *Ibid*, article 7, §4.

624. Directive 2006/114/CE du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

625. 21 USC 342.

Puis définit ce qu'est la qualification fausse⁶²⁶. Ici encore, la définition est particulièrement large et considère les qualifications fausses ou trompeuses, les ventes sous un autre nom⁶²⁷, les imitations d'autres aliments ou encore les contenants trompeurs.

Il poursuit par imposer l'apposition de manière visible du nom et de l'adresse du fabricant, du conditionneur ou encore du distributeur, ainsi qu'une précision quant aux quantités contenues. Enfin, les apports diététiques et nutritionnels, les ajouts de colorants, arômes, ou encore conservateurs artificiels et les éventuels risques pour la santé doivent être précisés.

❖ La publicité au profit des produits du tabac et des produits connexes .

250 Tout d'abord, la directive 2010/13/UE interdit « toute communication commerciale audiovisuelle pour les cigarettes et les autres produits du tabac, y compris les formes indirectes de communication commerciale audiovisuelle qui, sans faire directement mention du produit, essaient de tourner l'interdiction de communication commerciale audiovisuelle pour les cigarettes et les autres produits du tabac en utilisant des noms de marque, des symboles ou d'autres traits distinctifs de produits de tabac ou d'entreprises dont les activités connues ou principales comprennent la production ou la vente de tels produits »⁶²⁸. De la même manière, cette directive interdit le parrainage de services de médias ou de programmes audiovisuels par des entreprises ayant comme activité principale la fabrication ou la vente de cigarettes ou d'autres produits du tabac⁶²⁹. Étant précisé que le parrainage consiste en « toute forme de contribution publique ou privée à un évènement, à une activité ou à un individu, ayant pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir un produit du tabac »⁶³⁰. Enfin, elle prohibe le placement de tels produits dans les programmes audiovisuels⁶³¹.

251 D'autre part, ces interdictions doivent se combiner avec les dispositions de la directive 2003/33/CE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac. Cette combinaison s'explique par les caractéristiques particulières des services de médias audiovisuels.

Cette dernière directive, bien que venant manifestement durcir le régime de la publicité en faveur des produits du tabac, affirme dès son deuxième considérant, tendre à éliminer les entraves à la libre circulation de ces produits. Elle affirme ensuite venir préciser les modalités dans lesquelles une publicité en faveur du tabac peut être autorisée. Ces précautions s'expliquent par

626. 21 USC 343.

627. Le cas échéant suivant les standards fixés.

628. Directive 2010/13/UE du parlement européen et du conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), Considérant 88.

629. *Ibid*, Article 10.

630. Directive 2003/33/CE, article 2.

631. *Ibid*. Article 11.

l'annulation qu'avait subie la directive 98/43⁶³² de la part de la CJUE le 5 octobre 2000⁶³³. En effet, cette Directive avait posé le principe de l'interdiction générale de la publicité en faveur des produits du tabac⁶³⁴. Ainsi, basant sa compétence sur l'article 104 du TFUE (ex-article 95 TCE), afin d'assurer un niveau élevé de protection de la santé des consommateurs, la Commission européenne a autorisé la directive à réglementer strictement la publicité au profit du tabac, « produit qui entraîne une dépendance et est responsable chaque année de plus d'un demi-million de décès dans la Communauté »⁶³⁵.

- 252** Au sens de cette directive, mais également au sens de la directive 2010/13/UE qui y renvoie dans son considérant 82, les produits du tabac doivent être entendus comme « tous les produits destinés à être fumés, prisés, sucés ou mâchés, dès lors qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac »⁶³⁶.

Ainsi, la publicité dans la presse et les autres médias imprimés est limitée à la publicité adressée aux professionnels ou lorsque les publications sont éditées et imprimées dans des pays tiers et ne sont pas principalement destinés au marché de l'Union européenne⁶³⁷. À l'instar des dispositions relatives à la publicité audiovisuelle pour le tabac, la publicité radiodiffusée, ainsi que le parrainage d'émissions radiodiffusées sont interdits⁶³⁸. De la même manière, le parrainage de manifestations ayant un caractère transfrontalier, soit parce qu'elles se déroulent dans plusieurs États membres, soit parce qu'elles concernent plusieurs États membres, ou pour tout autre effet transfrontalier, est interdit. Il en sera de même de la distribution gratuite de produits du tabac durant ces manifestations ou activités qui pourrait avoir pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir ces produits⁶³⁹.

- 253** Enfin, ces dispositions d'encadrement de la publicité au profit des produits du tabac, trouvent leur action de lutte pour la protection de la santé du consommateur renforcée par la directive 2014/40/UE⁶⁴⁰. Cette directive a pour objet de rapprocher « les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant [notamment] [...] b) certains aspects

632. Directive 98/43/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac.

633. CJUE, 5 octobre 2000, Aff. C-376/98, *République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Rec. I-02247 ;

Aff. C-74/99, *The Queen contre Secretary of State for Health et autres, ex parte Imperial Tobacco Ltd et autres*, Rec. I-08599.

634. M. LUBY, « Publicité commerciale », op. cit., §81.

635. Directive 2010/13/UE, Considérant 3.

636. Directive 2003/33/CE, article 2.

637. *Ibid.* Article 3.

638. *Ibid.*, Article 4.

639. *Ibid.* Article 5.

640. Directive 2014/40/UE du parlement européen et du conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE.

de l'étiquetage et du conditionnement des produits du tabac, notamment les avertissements sanitaires devant figurer sur les unités de conditionnement et sur tout emballage extérieur, ainsi que les dispositifs de traçabilité et de sécurité qui s'appliquent aux produits du tabac afin de garantir le respect de la présente directive par ceux-ci ; [. . .]f) la mise sur le marché et l'étiquetage de certains produits connexes des produits du tabac, à savoir les cigarettes électroniques et les flacons de recharge, et les produits à fumer à base de plantes ; en vue de faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur des produits du tabac et des produits connexes, en prenant pour base un niveau élevé de protection de la santé humaine, particulièrement pour les jeunes, et de respecter les obligations de l'Union découlant de la convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac (CCLAT) »⁶⁴¹.

254 Ainsi, l'article 8 de cette directive impose l'apposition d'un avertissement sanitaire dans la langue officielle de l'État sur chaque unité de conditionnement ou emballage extérieur. Cette impression doit être inamovible, indélébile, pleinement visible, et jamais dissimulée.

En ce sens⁶⁴², chaque unité de conditionnement devra porter au choix de l'État membre, l'avertissement « fumer tue ; arrêtez maintenant » ou plus simplement « fumer tue », ainsi que le message d'information « la fumée du tabac contient plus de 70 substances cancérigènes ».

Ces messages devront en outre couvrir 50% des surfaces définies par la directive selon le mode de conditionnement, la volonté étant alors une visibilité toujours accrue.

En outre, ces unités de conditionnement doivent porter des avertissements sanitaires combinés se composant d'un message défini par l'annexe I⁶⁴³, d'une photographie définie par l'annexe II, d'informations relatives au sevrage tabagique, le tout recouvrant 65% des deux surfaces définies par la directive selon le mode de conditionnement⁶⁴⁴.

641. *Ibid.* Article premier.

642. Dir. 2014/40/UE, art.9.

643. Dir. 2014/40/UE, ANNEXE I : LISTE DES MESSAGES D'AVERTISSEMENT (tels que visés à l'article 10 et à l'article 11, paragraphe 1)

1. Fumer provoque 9 cancers du poumon sur 10
2. Fumer provoque le cancer de la bouche et de la gorge
3. Fumer nuit à vos poumons
4. Fumer provoque des crises cardiaques
5. Fumer provoque des AVC et des handicaps
6. Fumer bouche vos artères
7. Fumer augmente le risque de devenir aveugle
8. Fumer nuit à vos dents et à vos gencives
9. Fumer peut tuer l'enfant que vous attendez
10. Votre fumée est dangereuse pour vos enfants, votre famille et vos amis
11. Les enfants de fumeurs ont plus de risques de devenir fumeurs
12. Arrêtez de fumer : Restez en vie pour vos proches
13. Fumer diminue la fertilité
14. Fumer augmente le risque d'impuissance

644. Dir. 2014/40/UE, art.10.

De même, concernant l'étiquetage des produits du tabac à fumer autres que les cigarettes, le tabac à rouler et le tabac à pipe à eau⁶⁴⁵, la directive offre une possibilité aux États d'alléger l'information en n'imposant que le message d'avertissement général de l'article 9§1⁶⁴⁶, l'un des messages de l'annexe I et une référence aux services d'aide au sevrage tabagique.

Étrangement, alors que la règle générale n'y faisait pas référence, ici les surfaces d'apposition dépendent du nombre de langues officielles.

Cela étant, bien qu'étant simplifié, il est manifeste qu'ici aussi le nombre de messages véhiculés reste important et il est possible de se demander si le consommateur prendra le temps de les lire.

Enfin, concernant les produits du tabac sans combustible⁶⁴⁷, l'avertissement sanitaire est remplacé par « ce produit du tabac nuit à votre santé et crée une dépendance » il répond pour le reste aux exigences de l'article 9§4.

- 255** L'ensemble de ces dispositions vise à mettre en évidence le caractère nuisible du tabac, caractère sur lequel le consommateur ne doit en outre pas être trompé par tout élément « donnant une impression erronée quant aux caractéristiques, effets sur la santé, risques ou émissions du produit ».

Il s'agira alors notamment d'interdire la présentation d'un tel produit comme étant moins nocif qu'un autre ou pire présentant des propriétés « vitalisantes, énergisantes, curatives, rajeunissantes, naturelles, biologiques ou a des effets bénéfiques sur la santé ou le mode de vie »⁶⁴⁸.

- 256** De la même manière, les États-Unis d'Amérique ont encadré au niveau fédéral la publicité au profit des produits du tabac.

Tout d'abord, comme pour les produits alimentaires, il est interdit de vendre des produits mal nommés ou impurs⁶⁴⁹.

En outre, il est illégal de fabriquer, emballer, vendre, offrir à la vente, distribuer, ou importer afin de distribuer ou de vendre sur le sol américain tout produit du tabac dont l'emballage ne porterait pas un avertissement sanitaire⁶⁵⁰.

645. Dir.2014/40/UE, art.11.

646. « Fumer tue - Arrêtez maintenant » ou « Fumer tue ».

647. Dir.2014/40/UE, art.12.

648. Dir. 2014/40/UE, art.13.

649. 21 USC §387c.

Voir également *supra* n° 249.

650. Tout comme le droit européen, le droit fédéral américain dresse une liste de ces avertissements : 15 USC §1333 : «

- WARNING : Cigarettes are addictive.
- WARNING : Tobacco smoke can harm your children.
- WARNING : Cigarettes cause fatal lung disease.
- WARNING : Cigarettes cause cancer.
- WARNING : Cigarettes cause strokes and heart disease.
- WARNING : Smoking during pregnancy can harm your baby.
- WARNING : Smoking can kill you.

Ensuite, comme en droit européen, pour une plus grande efficacité de l'information, l'apposition de ce message doit répondre à certaines conditions : il doit figurer sur les parties hautes avant et arrière de l'emballage, directement inscrit sur ce dernier et ne pas être dissimulé. Le message doit représenter 50% de la surface des faces où il est apposé. La typographie doit être de 17 points et le message doit apparaître soit en noir sur fond blanc, soit en blanc sur fond noir.

Cependant, ce message n'est pas obligatoire pour les produits destinés à une distribution étrangère. En effet, cela s'explique par le fait que les produits destinés par exemple au marché européen devront respecter les règles de présentation européennes.

Quant à la publicité pure, elle est interdite à moins qu'elle ne présente l'un des messages d'avertissement dictés précédemment⁶⁵¹. Pour la publicité par voie de presse ou par poster, ce message doit reposer sur 20% de la taille de l'encart publicitaire et correspondre à des règles de typographies telles que celles imposées en matière d'emballage.

Quant à la langue utilisée, elle doit correspondre à la langue principalement employée dans le média de communication et non être obligatoirement en anglais.

❖ La publicité au profit de l'alcool .

257 Ici encore, la spécificité du média télévisuel fait que la directive 2010/13/UE est venue réglementer la publicité au profit des boissons alcooliques. Celle-ci affirme donc dans son considérant 89 qu'une telle publicité doit être encadrée par des « critères stricts ». Ainsi, quel que soit le média audiovisuel, la communication commerciale relative aux boissons alcooliques ne devra jamais s'adresser expressément aux mineurs ou encourager une consommation immodérée⁶⁵².

Cette double interdiction est reprise dans l'article 22 relatif au téléachat et à la publicité télévisée. Au sens de cet article, ces pratiques ne devront, outre le fait de ne pas s'adresser expressément aux mineurs, pas représenter ces personnes en train de consommer de l'alcool. De plus, ces pratiques ne devront pas insinuer que la consommation d'un tel produit favorise les performances physiques ou à la conduite automobile, ou encore la réussite sociale ou sexuelle en donnant notamment une image négative de l'abstinence ou de la sobriété. Ces pratiques ne devront pas non plus suggérer que ces boissons ont des propriétés thérapeutiques ou un effet stimulant, sédatif ou anticonflictuel. Enfin, la forte teneur en alcool d'une boisson ne devra pas être montrée comme une qualité positive.

Outre ces dispositions relatives à la publicité télévisuelle, les vendeurs d'alcool effectuent une auto régulation (par exemple en publiant des codes de bonne conduite) qui, selon le rapport commandé par la Commission européenne n'apparaît pas comme efficace⁶⁵³.

— WARNING : Tobacco smoke causes fatal lung disease in nonsmokers.

— WARNING : Quitting smoking now greatly reduces serious risks to your health ».

Étant précisé que ces messages devront être changés tous les ans par les marques.

651. Sauf la publicité électronique qui est toujours interdite. 15 USC §1335.

652. Directive 2010/13/UE, Article 9.e.

653. ANDERSON P. et BAUMBERG B. (2006) Alcohol in Europe. London : Institute of Alcohol Studies, p.8.

258 Cela étant, les législateurs européens n'ont pas, pour le moment, entendu harmoniser les multiples interdictions et réglementations existantes au niveau national, de manière européenne. Pourtant, une telle harmonisation empêcherait la création de litiges transnationaux et augmenterait d'autant la position concurrentielle des entreprises européennes. Ces propos peuvent être illustrés par l'arrêt rendu par la CJUE le 8 mars 2001⁶⁵⁴, qui affirmait qu'une législation nationale pouvait établir des règles d'interdiction de publicité si celles-ci étaient justifiées par la protection de la santé publique, motif d'intérêt général reconnu par l'article 52 du TFUE.

❖ **La publicité au profit des médicaments à usage humain** .

259 Ici encore, la directive 2010/13/UE, vient réglementer, de manière spéciale, la publicité télévisuelle en faveur des médicaments à usage humain. Elle précise ainsi qu'il est « nécessaire d'interdire toute communication commerciale audiovisuelle pour les médicaments et les traitements médicaux uniquement disponibles sur prescription médicale dans l'État membre de la compétence duquel relève le fournisseur de services de médias, ainsi que de prévoir des critères stricts en matière de publicité télévisée pour les boissons alcooliques »⁶⁵⁵. De plus, alors que le parrainage de services de médias, ou de programmes audiovisuels par des entreprises ayant comme principale activité la fabrication ou la vente de médicaments ou de traitements médicaux permettant ainsi de promouvoir cette entreprise est autorisé, il ne doit pas promouvoir des médicaments ou traitements médicaux spécifiques disponibles uniquement sur ordonnance⁶⁵⁶. Enfin, le placement de médicaments ou de traitements médicaux spécifiques disponibles uniquement sur ordonnance est interdit.

260 Concernant les autres médias, il est nécessaire de se référer à la directive 2001/83/CE⁶⁵⁷. Tout d'abord, cette directive entend par publicité pour des médicaments « toute forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments »⁶⁵⁸. Bien sûr, la publicité au profit d'un médicament qui n'a pas reçu l'autorisation de mise sur le marché est interdite⁶⁵⁹, sauf pour les médicaments homéopathiques⁶⁶⁰. En outre, la publicité doit « favoriser l'usage rationnel du médicament, en le présentant de façon objective et sans en exagérer les propriétés », ne pas

654. CJUE, 8 mars 2001, Aff. C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) contre Gourmet International Products AB (GIP)*, Rec. I 1795.

655. Directive 2010/13/UE, Considérant 89 ; article 9.f.

656. *Ibid.* Art. 10.

657. Directive 2001/83/CE du parlement européen et du conseil du 6 novembre 2001 instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.

658. *Ibid.* Art. 86.

659. *Ibid.* Art. 87.

660. *Ibid.* Art. 100.

être trompeuse et mettre en évidence son caractère publicitaire. Ainsi, une liste est dressée des éléments ne pouvant pas être utilisés lors d'une publicité faite au public ⁶⁶¹.

261 La publicité au profit de médicaments délivrés uniquement sur prescription médicale et/ou qui contiennent des psychotropes ou des stupéfiants, est interdite, sauf en cas de campagnes de vaccinations faites par l'industrie et approuvées par les autorités compétentes des États membres. Il en est de même pour la mention d'indications thérapeutiques telles que : tuberculose, MST, autres maladies infectieuses graves, cancer et autres maladies tumorales, insomnies chroniques, diabète et autres maladies du métabolisme. Au même sens est interdite la distribution directe au public de manière promotionnelle ⁶⁶².

262 Outre ces cas où la publicité est interdite, celle-ci devra faire apparaître des mentions obligatoires ⁶⁶³. Ainsi, elle devra comporter au moins la dénomination du médicament ainsi qu'une dénomination commune lorsque ce médicament ne contient qu'une seule substance, les informations pour le bon usage du médicament, et enfin une invitation expresse et lisible à lire attentivement les instructions figurant sur la notice et/ou l'emballage du médicament.

Enfin, la directive vient émettre des conditions de réglementation de la publicité visant les personnes habilitées à la distribution des médicaments ⁶⁶⁴.

661. *Ibid.* Art. 90 : La publicité auprès du public faite à l'égard d'un médicament ne peut comporter aucun élément qui :

- a) ferait apparaître la consultation médicale ou l'intervention chirurgicale comme superflue, en particulier en offrant un diagnostic ou en préconisant un traitement par correspondance ;
- b) suggérerait que l'effet du médicament est assuré, sans effets indésirables, supérieur ou égal à celui d'un autre traitement ou d'un autre médicament ;
- c) suggérerait que la bonne santé normale du sujet puisse être améliorée par l'utilisation du médicament ;
- d) suggérerait que la bonne santé normale du sujet puisse être affectée en cas de non-utilisation du médicament ; cette interdiction ne s'applique pas aux campagnes de vaccination visées à l'article 88, paragraphe 4 ;
- e) s'adresserait exclusivement ou principalement aux enfants ;
- f) se référerait à une recommandation émanant de scientifiques, de professionnels de la santé ou de personnes qui, bien que n'étant ni des scientifiques ni des professionnels de la santé, peuvent, de par leur notoriété, inciter à la consommation de médicaments ;
- g) assimilerait le médicament à une denrée alimentaire, à un produit cosmétique ou à un autre produit de consommation ;
- h) suggérerait que la sécurité ou l'efficacité du médicament est due au fait qu'il s'agit d'une substance naturelle ;
- i) pourrait induire, par une description ou une figuration détaillée de l'anamnèse à un faux autodiagnostic ;
- j) se référerait de manière abusive, effrayante ou trompeuse à des attestations de guérison ;
- k) utiliserait de manière abusive, effrayante ou trompeuse des représentations visuelles des altérations du corps humain dues à des maladies ou à des lésions, ou l'action d'un médicament dans le corps humain ou des parties de celui-ci ;
- l) mentionnerait que le médicament a reçu une autorisation de mise sur le marché.

662. *Ibid.* Art. 88.

663. *Ibid.* Art. 89.

664. *Ibid.* Art. 91-96.

263 Quant aux États-Unis, ils encadrent, de la même manière qu'en ce qui concerne les produits alimentaires⁶⁶⁵, la commercialisation des médicaments⁶⁶⁶, auxquels, ils associent, les produits cosmétiques⁶⁶⁷.

b Les activités commerciales réglementées .

264 Le droit français encadre la publicité pour certaines activités commerciales réglementées⁶⁶⁸. Ainsi, la publicité pour les agences de voyage et/ou de séjour doit mentionner l'immatriculation de l'agent au registre des agents de voyages et autres opérateurs de la vente de voyage et de séjours⁶⁶⁹. De même, toute publicité au profit d'une entreprise de vente d'électricité, de chaleur ou de froid, de combustibles solides, liquides ou gazeux et de carburants, ainsi que de services afférents à l'utilisation de ces énergies, concernant l'énergie ou visant à sa consommation, doit comporter le message suivant : « L'énergie est notre avenir, économisons-la ! »⁶⁷⁰. Bien sûr, les professions de la banque, du fait du danger potentiel qu'elles peuvent représenter pour le consommateur, font elles aussi l'objet d'une réglementation et la publicité au profit des banques ou pour les intermédiaires de banque concernant des prêts sont soumises à certaines conditions⁶⁷¹. Il en sera de même pour les officines de pharmacies⁶⁷². Enfin, les publicités au profit d'un organisme privé d'enseignement doivent faire l'objet d'un dépôt préalable auprès du recteur et ne doivent « rien comporter de nature à induire les candidats en erreur sur la culture et les connaissances de base indispensables, la nature des études, leur durée moyenne et les emplois auxquels elles préparent »⁶⁷³.

c Les supports publicitaires réglementés .

265 Comme cela a été partiellement soulevé précédemment, certains médias, du fait de leur sin-

665. Voir n° 249.

666. 21 USC §351 et 352.

667. 21 USC §361 et 362.

668. Concurrence-Consommation, op. cit. §59650s. Il en est ainsi en ce qui concerne : la contraception et l'interruption de grossesse, les médicaments vétérinaires, les placements collectifs en valeurs mobilières, les prêts d'argent, les placements en bien divers, les loteries commerciales, les armes à feu, les matériels téléphoniques, les appareils destinés à capter frauduleusement des programmes télédiffusés, les véhicules, les offres et demandes d'emploi, les prestations de services ou offres de vente, les annonces matrimoniales, les publications dangereuses pour la jeunesse, les jeux d'argent et/ou de hasard, les produits soumis à l'étiquetage énergétique.

669. Code du Tourisme, Article L211-5, Modifié par loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 - art. 1 : « Les personnes physiques ou morales immatriculées au registre mentionné au I de l'article L. 211-18 doivent tenir leurs livres et documents à la disposition des agents habilités à les consulter ; elles doivent également mentionner leur immatriculation au registre dans leur enseigne, dans les documents remis aux tiers et dans leur publicité ».

670. Décret n° 2006-1464 du 28 novembre 2006 relatif à la promotion des économies d'énergie dans les messages publicitaires des entreprises du secteur énergétique ; Arrêté du 28 novembre 2006.

671. Code de la consommation, Art. L311-4 sqq. et L321-2 sqq.

672. CSP, Art. R4235-57 sqq. et R5125-26 sqq.

673. Code de l'éducation, L.471-3.

gularité, rendent nécessaire une réglementation spéciale de la publicité véhiculée par leur support. Ainsi, alors que le reste de la réglementation de la publicité se trouve mêlé, le législateur européen distingue d'une part la publicité télévisée, et d'autre part, la publicité électronique.

❖ La publicité télévisée .

266 Dès 1989⁶⁷⁴, le législateur européen s'est rendu compte de l'engouement des professionnels pour le média télévisuel en tant que support de publicité. Aussi, le législateur a décidé d'intervenir afin d'encadrer ce média et par la même occasion la publicité y étant exercée. Cela étant, la directive de 1997⁶⁷⁵, venue modifier celle de 1989, a complexifié le paysage législatif lorsque les législateurs ont décidé de ne pas fusionner les deux textes. C'est pourquoi, la directive du 10 mars 2010⁶⁷⁶ est venue abroger ces deux directives afin de les remplacer par un texte plus aisé à appliquer et dont le but est d'obtenir une application satisfaisante et pragmatique. Cette publicité ayant été étudiée précédemment sous d'autres aspects, il ne sera question ici uniquement de préciser, d'une part la notion de publicité télévisée, et d'autre part, les conditions de diffusion du message publicitaire.

• La notion de publicité télévisée .

267 La directive 2010/13/UE reprend la définition donnée de la publicité télévisée par la directive 89/552/CEE, à savoir, comme « toute forme de message télévisé, que ce soit moyennant paiement ou autre contrepartie, ou de diffusion à des fins d'autopromotion par une entreprise publique ou privée ou une personne physique dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou d'une profession dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris de biens immeubles, de droits et d'obligations »⁶⁷⁷. Cependant, cette notion de publicité commerciale vient s'inclure dans une notion plus vaste qu'est la communication télévisée audiovisuelle. En effet, selon ce même article, cette dernière est caractérisée par « des images, combinées ou non à du son, qui sont conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces images accompagnent un programme ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion », et « revêt notamment les formes suivantes : publicité télévisée, parrainage, téléachat et placement de produit ».

674. Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

675. Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

676. Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « services de médias audiovisuels »)

677. *Ibid.* Article premier.

268 Ainsi, peuvent être rapprochés à la publicité télévisée :

- le parrainage constitué par « toute contribution d'une entreprise publique ou privée ou d'une personne physique, n'exerçant pas d'activité de fournisseur de services de médias ou de production d'œuvres audiovisuelles, au financement de services de médias audiovisuels ou de programmes, dans le but de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses produits » ;
- le téléachat comme mode de « diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris de biens immeubles, de droits et d'obligations », ici la différence tient dans la présentation d'offres directes alors que la publicité tend à promouvoir la vente ;
- ou enfin le placement de produits caractérisé par « toute forme de communication commerciale audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service, ou leur marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme, moyennant paiement ou autre contrepartie ».

269 Au contraire, ne saurait être considéré comme des actes de publicités télévisées ou assimilées : la retransmission télévisée de panneaux publicitaires apparaissant lors de manifestations diverses et notamment sportives⁶⁷⁸. Il s'agit ici d'une application pragmatique de la directive. En effet, selon les remarques de l'avocat général attaché à cette affaire, « il serait par conséquent illogique de considérer que la directive 89/552 régleme également cette forme de publicité indirecte qui, de par sa structure même, ne peut respecter les dispositions prévues par cette directive »⁶⁷⁹. Cela étant, en l'espèce, la publicité pouvait être considérée comme indirecte du fait de l'absence de volonté directe de l'exercer, cela se caractérise notamment par le fait que les images n'étaient pas nettes et non distinguables des actions de jeu.

À l'inverse, s'il y avait volonté de publicité, cette même action pourrait être considérée comme une communication commerciale clandestine. En effet, cette dernière notion est présentée par la directive 2010/13/UE comme une « présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite de façon intentionnelle par le fournisseur de services de médias dans un but publicitaire et risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation. Une présentation est considérée comme intentionnelle notamment lorsqu'elle est faite moyennant paiement ou autre contrepartie »⁶⁸⁰. Étant précisé que les communications commerciales audiovisuelles doivent être « facilement reconnaissables comme telles » et qu'ainsi donc, « les communications commerciales audiovisuelles clandestines sont interdites »⁶⁸¹.

678. CJUE, 13 juillet 2004, Aff. C-429/02, *Bacardi France SAS, anciennement Bacardi-Martini SAS contre Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA et Giro Sport SARL*, Rec. I-06613 ;

Aff. C-262/02, *Commission des Communautés européennes contre République française*, Rec. I-06569.

679. Conclusions de l'avocat général M. ANTONIO TIZZANO, présentées le 11 mars 2004, §52.

680. Directive 2010/13/UE, article 1.j.

681. *Ibid.* Article 9.1.a.

270 En ce qui concerne l'autopromotion, bien que celle-ci est considérée comme une forme de publicité, la directive lui accorde un régime particulier en raison de ses particularités. Ainsi, l'autopromotion « réalisée par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en vue de promouvoir ses propres produits, services, programmes ou chaînes », « ne devrait pas être incluse dans la durée maximale du temps de transmission quotidien ou horaire qui peut être attribué à la publicité et au téléachat ». Cela étant, pour éviter une trop grande distorsion de concurrence, une double condition est requise. Pour être considéré comme un programme et non une publicité, il est nécessaire que le message soit connexe et directement dérivé du programme qu'il présente. Il en sera par exemple ainsi des bandes-annonces consistant en des extraits de programmes⁶⁸².

- **Les conditions de diffusion du message télévisé** .

271 L'État d'origine vérifie que les conditions relatives au contenu ou à la présentation du message sont respectées.

Concernant la forme, la communication commerciale audiovisuelle doit être aisément identifiable en tant que telle et doit être notamment nettement séparée du reste du programme « par des moyens optiques et/ou acoustiques et/ou spatiaux »⁶⁸³, et ne doit pas utiliser de techniques subliminales⁶⁸⁴. En outre, elle doit rester exceptionnelle (hormis en cas de diffusion de manifestation sportive), et ne pas porter atteinte à l'intégrité du programme accompagné. Enfin, « La diffusion des films conçus pour la télévision (à l'exclusion des séries, feuilletons et documentaires), des œuvres cinématographiques et des journaux télévisés peut être interrompue par de la publicité télévisée et/ou du téléachat une fois par tranche programmée de trente minutes au moins. La diffusion des programmes pour enfants peut être interrompue par de la publicité télévisée et/ou du téléachat une fois par tranche programmée de trente minutes au moins, à condition que la durée programmée du programme soit supérieure à trente minutes. La publicité télévisée ou le téléachat ne peuvent être insérés pendant la diffusion des services religieux »⁶⁸⁵. Étant précisé que le pourcentage de diffusion de tels spots ne doit pas dépasser 20% d'une heure d'horloge⁶⁸⁶, mais que la durée minimale d'une fenêtre de téléachat doit être de 15 minutes⁶⁸⁷, ce qui représente 25% d'une heure, ce qui semble en contradiction avec la disposition précédente.

272 Il est dès lors observable qu'ici, la réglementation de la publicité audiovisuelle repose sur deux principes. D'une part, elle ne doit pas tromper le consommateur sur son caractère commercial et plus précisément sur son aspect publicitaire. Ce qui rejoint notamment l'interdiction

682. *Ibid.* Considérants 96 sqq.

683. *Ibid.* Article 19.

684. *Ibid.* Article 9.1.a et 9.1.b.

685. *Ibid.* Article 20.2.

686. *Ibid.* Article 23.

687. *Ibid.* Article 24.

imposée par la onzième pratique de l'annexe I de la directive 2005/29/CE⁶⁸⁸ ; mais également l'interdiction de l'omission trompeuse de l'intention commerciale de l'auteur de la pratique imposée par l'article 7 paragraphe 2 de cette même directive⁶⁸⁹.

Et d'autre part, elle ne doit pas agresser le consommateur par une présence trop insistante, ce qui renvoie à l'application possible d'une forme de harcèlement constitutif de pratique commerciale agressive⁶⁹⁰.

Ces deux principes se recoupent donc largement avec la loyauté imposée par la directive 2005/29/CE.

- 273** Concernant le fond, celles-ci ne doivent pas porter atteinte à la dignité humaine, elles ne doivent pas comporter ou promouvoir de discriminations fondées sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la nationalité, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. De même, elles ne doivent pas encourager de comportements préjudiciables à la santé ou à la sécurité, ou gravement préjudiciables à l'environnement.

Ici encore c'est l'agressivité vis-à-vis du consommateur ou d'un certain groupe de consommateurs qui est visée. Cela étant, la volonté diffère en ce sens qu'ici ce n'est pas celle d'une protection économique, mais de la morale.

- 274** Plus particulièrement, elles ne doivent pas causer de préjudice physique ou moral aux mineurs, ainsi, « elles ne doivent pas inciter directement les mineurs à l'achat ou à la location d'un produit ou d'un service en exploitant leur inexpérience ou leur crédulité, inciter directement les mineurs à persuader leurs parents ou des tiers d'acheter les produits ou les services faisant l'objet de la publicité, exploiter la confiance particulière que les mineurs ont dans leurs parents, leurs enseignants ou d'autres personnes, ou présenter sans motif des mineurs en situation dangereuse »⁶⁹¹.

Cette protection devra en outre être combinée avec la vingt-huitième pratique de l'annexe I de la directive 2005/29/CE visant à protéger les mineurs contre les pratiques commerciales agressives ; profitant de leur crédulité, ou du moins à la crédulité qui leur est accordée⁶⁹².

Ces mineurs sont plus généralement protégés par rapport à tous les messages audiovisuels par l'article 27 de cette même directive qui veille à ce que les programmes ne soient pas susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique ou mental des mineurs, notamment en comprenant des scènes pornographiques ou de violence gratuite. La diffusion de tels programmes ne sera admise que si elle est effectuée à des horaires où les mineurs ne devraient en principe pas être susceptibles de les visionner ou si tout autre moyen technique est utilisé pour lutter contre un tel visionnage. Enfin, ces programmes doivent être précédés d'un avertisseur acoustique ou identifiés par la présence d'un symbole visuel tout au long de leur durée.

688. Voir n° 209.

689. Voir p. 204, mais également n°s 271 sqq. et 309.

690. Voir not. n°s 148 sqq.

691. *Ibid* Article 9.1.c à 9.1.g.

692. Voir en ce sens, not. n°s 100 sqq.

❖ La publicité électronique .

275 La publicité électronique est réglementée par les dispositions de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite « Directive sur le commerce électronique »⁶⁹³. S'il est un lieu où le commerce peut aisément se développer, où les distances s'estompent et les coûts y afférant en font de même, où les frontières disparaissent et où le commerçant peut voyager en quelques minutes d'un bout à l'autre de l'Europe et plus largement du monde, il s'agira évidemment d'Internet. Ce réseau permet, tout en limitant le budget nécessaire, de rendre une entreprise d'autant plus compétitive que son marché s'accroît. Cela étant, la relation qui lie le consommateur et le professionnel commerçant se doit d'être caractérisée par la confiance, sans quoi, le consommateur hésitera à se lier à un professionnel, d'autant plus que dans le cadre du commerce électronique, il ne l'aura, le plus souvent, jamais rencontré. C'est pourquoi, à la poursuite d'une circulation toujours plus libre des services et des produits, la directive 2003/31/CE est venue créer un cadre juridique autour du commerce électronique. Celui-ci était déjà réglementé par les directives, 95/46/CE⁶⁹⁴ venant protéger les personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et 97/66/CE⁶⁹⁵ venant traduire cette protection quant aux télécommunications, étant précisée que compte tenu des évolutions technologiques cette dernière directive a été abrogée et remplacée par la directive 2002/58/CE⁶⁹⁶.

276 Tout d'abord, la directive 2000/31/CE vient fixer des obligations supplémentaires concernant les informations nécessaires lors d'une communication commerciale faisant partie d'un service de la société de l'information. Ainsi, outre les obligations nécessaires à toutes communications commerciales, celles-ci devront être clairement identifiables comme telles, la personne au profit de laquelle la communication est faite devra, elle aussi, être identifiable. Enfin, les offres promotionnelles, concours ou jeux promotionnels, devront eux aussi être clairement identifiables comme tels⁶⁹⁷.

Il s'agira alors ici de renforcer l'obligation d'information pesant sur les professionnels dont le manquement est désormais pénalisé par la directive 2005/29/CE⁶⁹⁸.

277 Ensuite, de telles communications commerciales, au profit de professions réglementées,

693. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

694. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

695. Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

696. Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques).

697. Directive 2000/31/CE, article 6.

698. Voir *infra*, p. 368 sqq..

doivent être autorisées « sous réserve du respect des règles professionnelles visant, notamment, l'indépendance, la dignité et l'honneur de la profession ainsi que le secret professionnel et la loyauté envers les clients et les autres membres de la profession » ⁶⁹⁹.

278 Enfin, les prestataires qui envoient des communications commerciales par courrier électronique doivent vérifier régulièrement les registres « *opt-out* » et respecter le souhait des personnes ne désirant pas recevoir de telles communications. Il est intéressant à ce sujet de voir que le choix de la directive s'est porté sur le système de l'*opt-out* qui constitue un droit d'opposition et non de l'*opt-in* caractérisé par l'exigence d'un consentement préalable. Cela étant, cette directive n'étant pas d'harmonisation totale, elle n'empêche pas les États membres de choisir le système de l'*opt-in* plus protecteur des consommateurs.

Finalement, outre ces réglementations sectorielles, la publicité fait également l'objet de réglementations générales.

2 Les réglementations générales .

279 Ainsi, outre la protection des droits de propriété intellectuelle ⁷⁰⁰, l'intégralité des publicités, quel que soit leur support, ou leur objet, doit respecter d'une part, la réglementation relative à la publicité comparative (a), et d'autre part, la réglementation relative à la publicité trompeuse (b).

a La réglementation de la publicité comparative .

280 L'harmonisation de la publicité comparative a été effectuée par la directive 97/55/CE ⁷⁰¹ venant modifier la directive 84/450/CEE ⁷⁰² sur la publicité trompeuse afin d'y inclure les dispositions relatives à la publicité comparative. Ainsi, la base légale reste la directive 84/450/CEE telle que modifiée par la directive du 6 octobre 1997. Cela étant, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs (2005/29/CE), du 11 mai 2005 est venue modifier ce corpus qui montrait déjà, du fait de ses modifications antérieures, un défaut de lisibilité. C'est pourquoi, la directive 2006/114/CE ⁷⁰³ du 12 décembre 2006 est venue abroger les différentes dispositions afin de les codifier. Il apparaît donc aujourd'hui, et ce depuis le 12 décembre 2007, date d'entrée en vigueur de ladite directive, que seule sa codification doit être prise en compte pour l'étude de la publicité comparative.

699. *Ibid.* Article 8.

700. Concurrence-Consommation, op. cit. §59330 sqq.

701. Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997, modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

702. Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse.

703. Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

Cela ne pose en réalité que peu de difficultés. En effet, malgré une confusion flagrante et une modification régulière, il apparaît que les différentes directives modificatives ne faisaient que compléter et préciser le régime imposé par la directive 84/450/CEE.

Ainsi, la directive 97/55/CE venait inclure la publicité trompeuse au régime de la publicité comparative, ce qui n'est pas l'objet de l'étude présente, et la directive 2005/29/CE venait, dans son article 14, préciser le régime de ladite directive, dans un sens de protection exclusive du professionnel concurrent.

Cela étant, la directive 2006/114/CE considère qu'il « convient d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite, pour autant que la comparaison est concernée, afin de déterminer les pratiques en matière de publicité comparative qui peuvent entraîner une distorsion de concurrence, porter préjudice aux concurrents et avoir une incidence négative sur le choix des consommateurs »⁷⁰⁴. Les intérêts des concurrents et des consommateurs sont donc à nouveau mêlés. C'est pourquoi, la directive 2005/29/CE vient apporter certaines modifications aux dispositions relatives à la publicité comparative issues de la directive 84/450/CEE, modifiées par 97/55/CE et reprises par 2006/114/CE.

En effet, alors que cette dernière a pour objet de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse, elle établit par la même occasion les conditions dans lesquelles une publicité comparative peut être considérée comme licite, et ce, sans distinction entre relations *B2B* ou *B2C*⁷⁰⁵.

281 Ainsi, pour être considérée comme licite, une publicité comparative doit répondre à certaines conditions imposées par l'article 4 de la directive 2006/114/CE, article qui a été intégré à la directive originelle 84/450/CEE par l'article 14.3 de la directive 2005/29/CE. En ce sens, elle doit comparer des biens ou services répondant au même besoin ou ayant le même objectif, la comparaison doit être effectuée sur des caractéristiques essentielles, pertinentes, objectives, vérifiables et représentatives de ces biens ou services. À ce titre, les caractéristiques de comparaisons devront figurer dans le message ou du moins être aisément accessibles pour le consommateur. Ainsi, satisfera l'exigence de vérifiabilité l'annonceur qui « indique, notamment à l'attention des destinataires de ce message, où et comment ceux-ci peuvent prendre aisément connaissance de ces éléments aux fins d'en vérifier ou, s'ils ne disposent pas de la compétence requise à cette fin, d'en faire vérifier l'exactitude ainsi que celle de la caractéristique en cause »⁷⁰⁶.

282 En outre, cette comparaison ne doit pas jeter le discrédit ou dénigrer le concurrent ainsi que ses marques, produits, noms commerciaux ou autres signes distinctifs. De la même manière, la comparaison ne doit pas être un moyen de parasitisme ou de confusion ni présenter le produit comme une imitation ou une reproduction d'un autre portant une marque ou un nom commercial protégé. En outre, la Cour de Justice de l'Union européenne précise que l'interprétation

704. *Ibid.* Considérant 9.

705. *Ibid.* Art. premier.

706. CJUE, 19 septembre 2006, Aff. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG contre Etablissements Franz Colruyt NV*, Rec. 2006 I-08501. Point 74.

doit être libérale afin d'éviter tout risque de confusion. Ainsi, il a été jugé que la référence à des numéros de pièces d'origine dans un catalogue présentant des articles de rechange non d'origine constitue une publicité comparative puisqu'elle permet d'identifier avec précision les pièces d'origine équivalentes⁷⁰⁷.

283 En outre, la comparaison peut porter sur un ensemble de produits. En effet, c'est en se reposant sur la directive 84/450/CEE que la CJUE avait affirmé en 2006 que la législation de l'Union européenne devait être interprétée en ce sens « qu'une publicité comparative portant collectivement sur des assortiments de produits de consommation courante commercialisés par deux chaînes de grands magasins concurrentes plutôt que sur des produits individuels commercialisés par celles-ci est susceptible de répondre à la condition de comparer des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif »⁷⁰⁸. Cette position, suivie par les juridictions françaises⁷⁰⁹, s'explique par le fait que « la possibilité de procéder à une comparaison groupée portant sur un assortiment de produits comparables est de nature à permettre à l'annonceur d'offrir au consommateur une information publicitaire comportant des données globales et synthétiques pouvant s'avérer particulièrement pertinente pour celui-ci », d'autant plus qu'il s'agit du secteur de la grande distribution dans lequel « le consommateur effectue d'habitude des achats multiples destinés à satisfaire ses besoins de consommation courante ». Et que dans « la perspective de tels achats, une information comparative portant sur le niveau général des prix pratiqués par les chaînes de grands magasins ou sur le niveau des prix pratiqués par celles-ci en ce qui concerne un assortiment donné de produits qu'elles commercialisent est susceptible de s'avérer plus utile pour le consommateur qu'une information comparative limitée aux prix de tel ou tel produit particulier »⁷¹⁰. Et qu'ainsi doit être considérée comme trompeuse la pratique d'un distributeur consistant à se présenter de manière générale comme moins cher que son concurrent sur la base de la comparaison opérée sur l'échantillon de produits choisis, si « la décision d'achat d'un nombre significatif de consommateurs auxquels s'adresse cette publicité est prise dans la croyance erronée que tous les produits de l'annonceur ont été pris en considération pour calculer le niveau général des prix et le montant des économies vantées par la publicité »⁷¹¹.

707. CJUE, 25 octobre 2001, Aff. C-112/99, *Toshiba Europe GmbH contre Katun Germany GmbH*, Rec. 2001 I-07945.

708. CJUE, 19 septembre 2006, Aff. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG contre Etablissements Franz Colruyt NV*, Rec. 2006 I-08501. Point 24.

V. Déjà en ce même sens, CJUE, 8 avril 2003, Aff. C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH et Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, Rec. 2003 I-03095.

709. Cass. Com., 22 juillet 1986, n° 84-12.829, *SA Carrefour-Bourges c/ SRGM Groupe Arlaud* : JurisData n° 1986-701578 ; D. 1986, jurispr. P. 436, CAS ;

T. Com. Paris, réf., 7 juin 2006, *Carrefour c/ Leclerc, Colt télécom* : Comm. Com. Electr. 2007, comm. 28, DEBET ; Gaz. Pal. 2006, somm. Jurispr. P. 3480.

710. CJUE, 19 septembre 2006, Aff. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG contre Etablissements Franz Colruyt NV*, Rec. 2006 I-08501. Points 34 sqq.

711. *Ibid.* Point 83.

284 Enfin, le libéralisme des magistrats de l'Union européenne apparaît lors de l'étude de l'interprétation des dispositions concernant les produits pouvant être comparés⁷¹². En effet, alors que la jurisprudence française n'accepte que la comparaison de produits strictement identiques, c'est-à-dire, répondant à une identité de marché, ainsi que de producteur et donc de marque, de qualité, de composition, etc.⁷¹³, la jurisprudence européenne accepte que ceux-ci soient simplement interchangeables⁷¹⁴, c'est-à-dire « répondant au même besoin ou ayant le même objectif »⁷¹⁵. La CJUE précisera par la suite que les conditions de l'article régissant ce critère d'interchangeabilité « imposent une appréciation individuelle et concrète des produits qui font spécifiquement l'objet de la comparaison dans le message publicitaire afin de conclure à l'existence d'une possibilité effective de substitution »⁷¹⁶.

285 Ainsi, la simple comparaison n'est pas condamnable en elle-même. En effet, une telle mention peut être légitimée par sa nécessité dans le but d'informer le public de la nature des produits ou de la destination des services⁷¹⁷, ce ne sera, à l'instar de la réglementation des pratiques commerciales trompeuses, que la comparaison déloyale car trompeuse qui sera interdite.

Les appellations d'origine sont elles aussi protégées. En effet, la comparaison ne peut pas être effectuée entre deux produits répondant à des appellations d'origine différentes, ou dont l'un des produits ne bénéficie pas d'appellation d'origine⁷¹⁸. Enfin, elle ne doit pas être trompeuse au sens des articles 2 point b), 3, et 8 paragraphe 1 de la directive 2006/114/CE ou des articles 6 et 7 de la directive 2005/29/CE.

286 Pour autant, les magistrats de la Cour de justice de l'Union européenne retenaient et continueront donc en principe de retenir une définition large de la publicité comparative. En effet, selon cette interprétation, il y aura publicité comparative dès lors « qu'il existe une communication sous une forme quelconque faisant, même implicitement, référence à un concurrent ou

712. L. BOULET, « Publicité comparative d'assortiments de produits : comparons les interprétations européenne et française », Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2007, étude 24.

713. Cass. Com., 22 juillet 1986, n° 84-12.829, *SA Carrefour-Bourges c/ SRGM Groupe Arlaud* : JurisData n° 1986-701578 ; D. 1986, jurispr. P. 436, CAS.

CA Poitiers, ch. corr., 19 février 2004 : Juris-Data n° 2004-244964.

CA Agen, 23 mai 2005 : Juris-Data n° 2005-284127 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 40.

CA. Dijon, ch. civ. B, 23 mai 2006, *SARL Quetigny Distribution Leader Price c/ SAS Carrefour Hypermarchés France* : Juris-Data n° 2006-303309.

CA Orléans, ch. com. éco. et fin., 16 mars 2006, *SA Aubrais Distribution/SNC Lidl* : Juris-Data n° 2006-303311.

CA Pau, ch. corr., 15 juin 2006, *Min. public c/ S.* : Juris-Data n° 2006-308675 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 252.

Cass. crim., 9 mai 2007, n° 06-86.373, *sté LDAS* : Juris-Data n° 2007-039030.

714. CJUE, 19 septembre 2006, Aff. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG contre Etablissements Franz Colruyt NV*, Rec. 2006 I-08501. Consid. 26 et 27.

715. Dir 84/450/CEE, article 3bis, §1, point b.

716. CJUE, 19 avril 2007, Aff. C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA contre Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, Rec. 2007 I-03115. Point 47.

717. CJUE, 25 octobre 2001, Aff. C-112/99, *Toshiba Europe GmbH contre Katun Germany GmbH*, Rec. 2001 I-07945. Point 34.

718. Dir. 2006/114/CE, art. 4.e., déjà sous la directive 84/450/CEE modifiée : art. 3bis, §1, point f.

aux biens ou aux services qu'il offre. Il importe peu, à cet égard, qu'il existe une comparaison entre les biens et les services offerts par l'annonceur et ceux du concurrent »⁷¹⁹. Il apparaît donc que l'harmonisation opérée par la directive 2005/29/CE, incluant la publicité comparative, constitue une harmonisation de la réglementation sectorielle de la concurrence déloyale profitant davantage aux titulaires des marques qu'aux consommateurs⁷²⁰, et servant *in fine* le droit du marché.

b La réglementation de la publicité trompeuse .

287 Alors que la publicité comparative trouvait son régime unifié par la directive 2006/114/CE, la publicité trompeuse voit le sien divisé entre les directives 2006/114/CE et 2005/29/CE. En effet, malgré le constat d'un rapport direct entre les intérêts des consommateurs et ceux des professionnels, force est de constater que la directive 2006/114/CE reprend la distinction incluse par la directive 2005/29/CE entre protection des intérêts des professionnels concurrents et protection de consommateurs⁷²¹. Ainsi, ce ne sera que de manière incidente, par cessation de la pratique, que le consommateur sera protégé. Cela fait réapparaître la nature englobante de la directive 2005/29/CE. En effet, avant son intervention cet article premier donnait à la directive l'objet de protéger tant les consommateurs que les professionnels, ainsi que le public en général. Dorénavant, cette protection n'est offerte qu'au concurrent, le consommateur devant se rabattre sur la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, et ce, malgré une abrogation de l'article 14 de ladite directive par le texte du 12 décembre 2006. En effet, la directive de 2005 précise dans son considérant n° 14 que la pratique commerciale trompeuse couvre les pratiques, y compris la publicité trompeuse qui, en induisant le consommateur en erreur, l'empêchent de faire un choix en connaissance de cause. Il semble donc que, malgré une absence de mention expresse de la publicité trompeuse au sein des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances, celle-ci doit être considérée comme telle.

288 La publicité trompeuse nécessairement englobée par les pratiques commerciales trompeuses doit donc être définie à l'aune de la directive 2006/114/CE, les deux directives n'entrant pas en conflit puisque l'une venant protéger le concurrent et insidieusement le consommateur, et ce même si la pratique ne répond pas aux caractéristiques de la pratique commerciale déloyale, et l'autre venant protéger le consommateur, et pouvant être soulevée par un concurrent si les deux conditions de déloyauté sont présentes.

Cela étant, le consommateur voit sa protection limitée à la preuve du caractère déloyal et en l'espèce trompeur de la pratique commerciale.

289 Enfin, l'auteur de la publicité devra, quant à lui, respecter les conditions fixées par l'article

719. CJUE, 25 octobre 2001, Aff. C-112/99, *Toshiba Europe GmbH contre Katun Germany GmbH*, Rec. 2001 I-07945. Point 31.

720. L. MARINO, « L'affaire l'Oréal : le droit des marques et la publicité comparative sous le sceau du parasitisme », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 31, 27 juillet 2009, 180.

721. Dir. 2006/114/CE, art. premier.

3 de la directive relative à la publicité trompeuse, dressant une liste non limitative d'éléments devant être pris en compte pour l'appréciation du caractère trompeur de la publicité. Ainsi que celles relatives aux pratiques commerciales déloyales sous peine de voir sa responsabilité engagée. En effet, cela s'impose par la lecture du Considérant n° 5 de la directive 2005/29/CE, selon lequel, « lorsque la législation communautaire fixe des prescriptions en matière d'information applicables à la publicité, à la communication commerciale et au marketing, les informations en question sont réputées substantielles au sens de la présente directive ».

Il apparaît ainsi que, malgré le recoupement des deux directives, les obligations du concurrent sont augmentées, dans le but d'élever la protection du consommateur, mais ayant pour effet corollaire de diminuer la compétitivité des entreprises.

Une publicité sera donc toujours considérée comme trompeuse si « d'une manière quelconque, y compris sa présentation (elle) induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent »⁷²². Il est intéressant de relever que cette définition est issue de la directive 84/450/CEE, reprise par la directive 2006/114/CE et ce sans modification apportée par la directive 2005/29/CE. Cela révèle que l'induction en erreur du public, ou sa susceptibilité, ainsi que l'affectation de son comportement économique étaient déjà prises en compte en 1984, ce qui pouvait donc offrir une protection efficace du consommateur. De la même manière, les éléments pris en compte pour la détermination du caractère trompeur de la publicité n'ont, eux non plus, pas été impactés par la directive relative aux pratiques commerciales déloyales⁷²³.

290 Il découle alors de ces dispositions que trois conditions doivent être réunies pour que le délit de publicité trompeuse soit constitué :

- Tout d'abord, il sera nécessaire qu'il s'agisse d'une publicité. Ici deux définitions pouvaient être données à cette publicité. De manière stricte, une publicité est un message adressé à un public ayant pour objet de l'attirer dans un processus de consommation. Cela étant, la jurisprudence retenait en réalité une définition plus large de la publicité qu'elle considérait alors à l'instar de l'article L.121-1 du Code de la consommation comme « tout

⁷²². *Ibid.* Art. 2.

⁷²³. *Ibid.* Article 3 : « Pour déterminer si une publicité est trompeuse, il est tenu compte de tous ses éléments et notamment de ses indications concernant :

- a) les caractéristiques des biens ou services, telles que leur disponibilité, leur nature, leur exécution, leur composition, le mode et la date de fabrication ou de prestation, leur caractère approprié, leurs utilisations, leur quantité, leurs spécifications, leur origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentiels des tests ou contrôles effectués sur les biens ou les services ;
- b) le prix ou son mode d'établissement et les conditions de fourniture des biens ou de prestation des services ;
- c) la nature, les qualités et les droits de l'annonceur, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les prix qu'il a reçus ou ses distinctions ».

moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés »⁷²⁴. Une confusion était alors effectuée entre l'information et la promotion, et c'est alors le caractère trompeur de l'information qui était sanctionné. Cette extension de la définition avait alors été critiquée par certains auteurs, cependant, aujourd'hui cette difficulté n'a plus de raison d'être depuis que la publicité a été englobée dans les pratiques commerciales nécessairement plus larges. Il en découlait cependant que déjà avant la directive de 2005, la publicité couvrait une grande diversité de communications, et ce quelque soit son support (presse, radio, Internet, télévision ...), la forme du message (écrit, oral, pictural, olfactif ...), la nature des produits (meuble, immeuble, corporel, incorporel ...), la qualité de l'annonceur (professionnel ou non professionnel⁷²⁵), ou encore la cible de la publicité (professionnels ou particuliers⁷²⁶).

- Ensuite, la publicité devra être trompeuse. Ici, tant la directive relative aux pratiques commerciales que celle relative à la publicité prennent en compte le caractère trompeur de manière élargie. Il s'agira alors, selon la disposition choisie, de la pratique commerciale, ou de la publicité, fausse, ou de nature à induire en erreur. Ainsi, une déclaration n'aura pas à être factuellement fausse pour être sanctionnée, la simple susceptibilité d'induire en erreur pourra être condamnée⁷²⁷. Il faut cependant préciser que cette susceptibilité à induire en erreur devra être limitée lors de l'emploi de procédés hyperboliques⁷²⁸.
- Enfin, compte tenu du caractère pénal de la disposition et en respect du principe de légalité, la publicité sera pénalement trompeuse si elle porte sur l'un des éléments cités par la loi. Il s'agira alors selon la situation, d'étudier si le caractère trompeur porte sur l'un des éléments prévus par l'article trois de la directive 2006/114/CE ou les articles six et sept de la directive 2005/29/CE, étant précisé en outre que ces dispositions sont partiellement reprises en droit français par l'article 121-1 du Code de la consommation.

291 D'un point de vue processuel⁷²⁹, la Cour de cassation est venue préciser la nature de l'in-

724. Cass. crim., 14 octobre 1998, JCP, E., 1999.462, note CONTE ; D. 2000. somm. 130, obs. GOZZI ; D. 2000. somm. 281, obs. TOURNAFOND.

725. La Cour de cassation, avait alors appliqué la disposition à la publicité émanant d'un particulier, cette application pouvait alors paraître contraire à l'esprit de la loi et donc critiquable, une telle application ne serait aujourd'hui plus possible puisque la directive 2005/29/CE, n'encadre plus que les pratiques entre professionnels et particuliers, et que la directive 2006/114/CE, définit comme publicité, « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale [...] » il serait alors nécessaire et plus naturel d'appliquer notamment la législation relative aux escroqueries.

Cass. crim. 13 juin 1991, D. 1992.J.430, note PAIRE ; Cass. crim., 27 mars 1996, D.1996.IR.168.

726. L'élargissement du champ pris en compte par la directive relative aux pratiques commerciales déloyales montre ici ses limites. En effet, alors que cette dernière ne prend en compte que lesdites pratiques faisant montre de déloyauté vis-à-vis des consommateurs, la directive relative à la publicité vient protéger les professionnels. Ainsi, est considérée comme trompeuse, la publicité qui « induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur **les personnes** auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche ».

727. Voir en ce sens, Dir. 2006/114/CE, art. 2.b ; Dir. 2005/29/CE, art. 6.1.

728. Voir not. Cass. crim., 21 mai 1984, D. 1985.J.105, note MARGUERY ; RTD com., 1985. 579, obs. BOUZAT. Voir pour d'autres développements à ce sujet *verbo* « Procédés hyperboliques ».

fraction de publicité trompeuse en affirmant que « le délit de publicité de nature à induire en erreur, même s'il se manifeste lors de chaque communication au public d'une telle publicité, constitue une infraction unique qui ne peut être poursuivie et sanctionnée qu'une seule fois dès l'instant où il s'agit d'allégations identiques, contenues dans le même message publicitaire et diffusées simultanément »⁷³⁰. Cet arrêt, rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation vient rappeler sous le visa de l'article 6 du Code de procédure pénale le principe *non bis in idem* selon lequel un comportement ne doit pas être sanctionné plusieurs fois. Cela étant, l'arrêt vise ici le message publicitaire qui serait identique, non individualisé et simultané, il reste donc fort à penser qu'une publicité individualisée et non simultanée, pourrait être poursuivie autant de fois qu'elle ne toucherait de victimes⁷³¹.

292 Finalement, il est remarquable que la directive 2005/29/CE vient réglementer les publicités trompeuses, que celles-ci le soient par elles-mêmes ou du fait d'une comparaison entraînant une tromperie, à travers une notion plus large qu'est la notion de pratique commerciale trompeuse. Cela étant, il reste probable que la publicité trompeuse restera l'aspect le plus important de la pratique commerciale trompeuse, et ce au moins en prenant en considération l'abondance de la jurisprudence y afférant.

III De la publicité trompeuse aux pratiques commerciales trompeuses .

293 À l'instar de la publicité trompeuse, les formes des pratiques commerciales trompeuses sont très variées, allant du mensonge, à l'omission d'informations substantielles en passant par l'ambiguïté et le flou de nature à induire en erreur⁷³². Cela étant, la définition des pratiques commerciales trompeuses est plus étendue que celle de la publicité trompeuse.

Sous l'empire du droit antérieur à la directive, la distinction entre l'information précontractuelle et la publicité était relativement aisée⁷³³. Alors que l'information était un procédé neutre de nature à renseigner objectivement le consommateur, la publicité était « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services »⁷³⁴.

729. A. LEPAGE, « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007-avril 2008) », Droit pénal n° 5, Mai 2008, chron.4.

730. Cass. crim., 27 mars 2007, n° 06-85.442, F-P+F : JurisData n° 2007-038470 ; Bull. crim. 2007, n° 94 ; D. 2007, p. 1336, obs. RONDEY ; Dr. pén. 2007, comm. 87, obs. ROBERT ; DREYER, Un an de droit de la publicité : Comm. com. électr. 2007, étude 7, n° 11.

731. Cass. crim., 30 janvier 1992 : Bull. crim. 1992, n° 44 ; JCP E 1992, pan. 829 ; Dr. pén. 1992, comm. 208, obs. ROBERT ; RTD com. 1992, p. 880, obs. BOUZAT ; RTD com. 1993, p. 151, obs. BOULOC.

732. Par exemple, constitue une pratique commerciale trompeuse l'information trompeuse donnée par une notice d'utilisation. Constitue en effet un document publicitaire « tout document commercial dont les indications et la présentation permettent au client potentiel de se former une opinion sur les résultats attendus du bien ou du service proposé ».

Cass. Crim., 15 mai 2012, 11-83.301, 3018, Inédit, JurisData : 2012-014335.

733. SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., QUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAUX G., Les contrats de consommation : règles communes, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013., p. 252 sqq.

734. Dir. 84/450/CEE, art. 2.

L'ancien article L.121-1 du Code de la consommation distinguait alors l'information de la publicité et ne s'intéressait qu'à la publicité trompeuse.

Mais depuis la directive 2005/29/CE, la publicité trompeuse est englobée par une catégorie plus large que sont les pratiques commerciales trompeuses.

Ainsi, si l'article L.121-1-II du Code de la consommation interdit toute omission, dissimulation, ou fourniture de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps d'une information substantielle au consommateur ; il oblige, par une lecture en négatif les professionnels à une information non dissimulée, intelligible, et non ambiguë sur les éléments substantiels du contrat. En outre, il convient de noter que certaines informations visées par la directive se trouvent déjà présentes au sein des dispositions du Code de la consommation relatives à l'obligation d'information.

294 Pourtant, cet élargissement n'a pas empêché les magistrats français de considérer, tant l'incrimination de l'ancienne publicité trompeuse était largement entendue, qu'il y avait « continuité d'incrimination, de définition du régime de responsabilité et persistance de la répression »⁷³⁵, ou encore que les faits de publicité trompeuse « sont incriminés en des termes équivalents, mais sous la qualification différente de pratique commerciale trompeuse »⁷³⁶. Parallèlement, le champ d'application de la directive et le régime de la tromperie de l'article L.213-1 du Code de la consommation se recoupent largement⁷³⁷. Il suffit pour s'en convaincre de comparer les deux articles, alors que la disposition issue de la directive fait d'une pratique commerciale, une pratique trompeuse et donc prohibée lorsqu'elle « repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur », l'article L.213-1, puni « quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelques moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers ». La jurisprudence venant cependant préciser que le cadre établi par l'article L.213-1 est celui d'un contrat conclu à titre onéreux⁷³⁸, ce qui n'est pas le cas de la réglementation de la directive où la conclusion d'un contrat n'est même pas une condition d'application. Bien sûr, il est difficile d'envisager une pratique commerciale qui n'aura pas pour objet de pousser le consommateur à la conclusion d'un contrat à titre onéreux, mais comme s'en tenant à la formulation heureuse du Professeur LE TOURNEAU selon laquelle « l'imagination des hommes est féconde lorsqu'il s'agit de mal faire », il paraît important de préciser cet apport qui pourrait tout de même se trouver appliqué.

735. CA Douai, ch. corr. 6, 12 mars 2009, n° 07/03151 : JurisData n° 2009-006691.

736. CA Grenoble, 8 septembre 2009, n° 08/01170 : JurisData n° 2009-017162 ;

Crim. 24 mars 2009, RTD com. 2009. 637, obs. BOULOC ; JCP E 2009, n° 26, p. 24, note ROBERT ; CCC 2009, n° 235, obs. RAYMOND ; Dr. pénal 2009, n° 84, obs. ROBERT ;

Crim. 4 novembre 2008, RTD com. 2009. 473, obs. BOULOC ; CCC 2009, n° 65, obs. RAYMOND ; Dr. pénal 2009, n° 24, obs. ROBERT.

737. C. AMBROISE-CASTÉROT, « Consommation », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, mars 2014.

738. Cass. Crim., 20 avril 1934, DH 1934. 318

Cass. Crim., 8 mars 1990 (n° 87-81.049, Bull. crim. n° 111, Dr. pénal 1990, comm. 227, obs. ROBERT, JCP 1990. II. 21542, note ROBERT, D. 1994, somm. 158, obs. ROUJOU DE BOUBÉE.

Ainsi a-t-il pu être jugé que lorsqu'un fournisseur d'accès à internet bridait l'accès au service de certains utilisateurs, il se rendait coupable de tromperie sur les qualités substantielles de la prestation de service, ainsi que de pratique commerciale trompeuse consistant en la diffusion de messages publicitaires concernant ce même service⁷³⁹.

De la même manière, alors que la réglementation de la tromperie *stricto sensu* ne pourra pas s'appliquer aux contrats portant sur un objet immobilier⁷⁴⁰, celle de la directive, ne se limite pas aux produits mobiliers. L'apport législatif de la transposition des dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses est donc minime. En effet, l'intégralité des comportements qu'elle permet de réprimer pouvait l'être par le biais de la réglementation de la publicité trompeuse et/ou de la tromperie. Cela étant, au même titre que la présente directive vient cantonner la directive relative à la publicité trompeuse à la protection des concurrents, il semble que la cohérence de la présence de la législation relative à la tromperie de l'article L.213-1 du Code de la consommation se retrouve en ce que ce dernier nomme comme auteur « quiconque » ce qui ouvre l'incrimination aux auteurs non professionnels, mais surtout, parle de victime contractante et non pas de consommateur⁷⁴¹, laissant ainsi un intérêt à la présence de cette réglementation en cas de tromperies entre professionnels ou entre particuliers, là où la directive vient prendre le relais lorsque la tromperie vient jouer au profit d'une entreprise et au détriment des consommateurs. Une telle justification, bien que cohérente d'un point de vue juridique, est peu satisfaisante quant à la place de la réglementation de la tromperie au sens strict du terme. En effet, il est désormais accepté que le droit de la consommation ait une emprise élargie par rapport à ses origines, mais ici, il semble opérer un mélange des genres à moins d'accepter une confusion complète entre les statuts de professionnels et de consommateurs.

295 Parallèlement, les droits statutaires américains appréhendent aussi les pratiques commerciales trompeuses ou déloyales dont la compétence de définition a été laissée à la FTC⁷⁴².

Ainsi, alors que les droits américains reconnaissent que la publicité est une nécessité au développement du commerce⁷⁴³, ils peuvent interdire les pratiques de publicité trompeuse⁷⁴⁴,

739. Cass. Crim., 27 janvier 2015, 14-80.220, 7809, Publié au Bulletin, JurisData : 2015-001094.

740. CA Paris, 24 mai 1982, D. 1983. 11, note PRADEL et PAIRE.

741. P. PIGASSOU et C. AMBROISE-CASTÉROT, « Fraudes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, janvier 2012.

742. Wheeler-Lea Act 1938, Pub. L. n° 75-447, §3,52 Stat. 111, 111 (codifié dans 15 USC §45(a)).

743. PESANDO M.K., « Advertising », in American Jurisprudence, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, §3.

744. *Davis v. HSBC Bank Nevada, N.A.*, 691 F.3d 1152 (9th Cir. 2012) (applying California law); *Moore v. California State Bd. of Accountancy*, 2 Cal. 4th 999, 9 Cal. Rptr. 2d 358, 831 P.2d 798 (1992); *General Steel Domestic Sales, LLC v. Hogan & Hartson, LLP*, 230 P.3d 1275 (Colo. App. 2010); *Shannon v. Boise Cascade Corp.*, 208 Ill. 2d 517, 281 Ill. Dec. 845, 805 N.E.2d 213 (2004); *DeAngelis v. Timberpeg East, Inc.*, 51 A.D.3d 1175, 858 N.Y.S.2d 410 (3d Dep't 2008); *Malzewski v. Rapkin*, 2006 WI App 183, 296 Wis. 2d 98, 723 N.W.2d 156 (Ct. App. 2006).

qu'elles soient simplement fausses⁷⁴⁵ ou qu'elles soient constitutives de *fraud* ou *deceit*⁷⁴⁶. Autrement dit, une pratique sera considérée comme trompeuse même si la déclaration n'est pas fausse⁷⁴⁷ mais exprimée d'une manière telle qu'elle peut tromper le consommateur moyen⁷⁴⁸.

296 Finalement, la directive vient encadrer le régime des pratiques commerciales trompeuses qui, à l'instar de la publicité trompeuse, ne requiert ni démonstration de mauvaise foi⁷⁴⁹, ni même celle d'un élément intentionnel⁷⁵⁰. La qualification comme trompeuse d'une telle pratique ne sera alors soumise qu'aux conditions des articles 6 et 7 encadrant respectivement les pratiques commerciales trompeuses par action et pas omission. En effet, un retour à la disposition générale de l'article 5 permettant de qualifier la déloyauté serait superflu. En ce sens, la CJUE a d'ailleurs déjà affirmé que la qualification d'une pratique comme étant trompeuse remplissait *de facto* la condition d'altération ou de susceptibilité d'altération du comportement économique du consommateur⁷⁵¹. La difficulté apparaissait alors quant à la première condition de déloyauté qu'est la contrariété aux exigences de la diligence professionnelle. Or ici, les jurisprudences de la CJUE divergent. En effet, si la décision du 19 septembre 2013, pour l'affaire C-435/11, considère qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si les conditions de l'article 5 de la directive sont remplies, l'arrêt du 19 décembre 2013 revient sur cette position et affirme que « dès lors que les pratiques commerciales trompeuses visées à l'article 6 de la directive 2005/29 constituent une catégorie spécifique des pratiques commerciales déloyales visées à l'article 5, paragraphe 2, de ladite directive, elles doivent nécessairement réunir l'ensemble des éléments constitutifs d'un tel caractère déloyal [...] »⁷⁵², mais elle ne s'attarde par la suite que sur le premier élément qu'est l'altération du comportement économique du consommateur. Il sera alors nécessaire de suivre la jurisprudence de la CJUE sur ce point, mais il serait préférable et

745. *Kelley v. Atwell*, 59 Mich. App. 219, 229 N.W.2d 387 (1975); *Guggenheimer v. Ginzburg*, 43 N.Y.2d 268, 401 N.Y.S.2d 182, 372 N.E.2d 17 (1977).

746. *Marcus v. AT&T Corp.*, 138 F.3d 46 (2d Cir. 1998) (applying New York law); *Bober v. Glaxo Wellcome PLC*, 246 F.3d 934 (7th Cir. 2001) (applying Illinois law); *Freeman v. Time, Inc.*, 68 F.3d 285 (9th Cir. 1995) (applying California law); *Smith v. Mellon Bank*, 957 F.2d 856 (11th Cir. 1992) (applying Florida law); *Rollins, Inc. v. Butland*, 951 So. 2d 860 (Fla. 2d DCA 2006).

747. *Tucker v. Pacific Bell Mobile Services*, 208 Cal. App. 4th 201, 145 Cal. Rptr. 3d 340 (1st Dist. 2012); *Beer v. Bennett*, 160 N.H. 166, 993 A.2d 765, 71 U.C.C. Rep. Serv. 2d 507 (2010).

748. *Kwaak v. Pfizer, Inc.*, 71 Mass. App. Ct. 293, 881 N.E.2d 812 (2008).

D'autres juridictions se réfèrent cependant aux consommateurs ignorants ou encore crédules; *DeAngelis v. Timberpeg East, Inc.*, 51 A.D.3d 1175, 858 N.Y.S.2d 410 (3d Dep't 2008).

749. Cass. Crim. 4 décembre 1978 : D. 1979. IR 180, obs. ROUJOU DE BOUBÉE; Cass. Crim. 13 mars 1979 : JCP CI 1979. II. 13104, note GUINCHARD; Cass. Crim. 27 octobre 1980 : RTD com. 1981. 622, obs. BOUZAT; Cass. Crim. 3 janvier 1984 : JCP E 1984. I. 13188; Cass. Crim. 5 avril 1995 : Bull. crim. n° 151; JCP E 1995. Pan. 814.

750. Voir not. Cass. Crim. 26 octobre 1999 : Bull. crim. n° 233; D. 2000. AJ 80; Dr. pénal 2000. Comm. 21, obs. ROBERT.

751. CJUE, 19 septembre 2013, *CHS Tour Services GmbH contre Team4 Travel GmbH*, aff. C-435/11, non encore publié(e) (Recueil général).

752. CJUE, 19 décembre 2013, *Trento Sviluppo srl et Centrale Adriatica Soc. coop. arl contre Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-281/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général).

plus cohérent d'analyser de manière séparée les conditions permettant de qualifier une pratique commerciale de déloyale, ou de trompeuse ou d'agressive.

En effet, une telle méthode de qualification empêcherait que les consommateurs soient soumis à une charge de preuve, quant aux éléments constitutifs d'une pratique commerciale déloyale, plus lourde lorsque la déloyauté découlera d'une agressivité ou d'une tromperie. Il serait alors nécessaire que les juridictions françaises suivent cette logique qui semble en outre être plus protectrice des consommateurs⁷⁵³.

C'est alors suivant ce raisonnement que les pratiques commerciales trompeuses seront étudiées selon la forme pouvant être prise. En effet, la directive opère à ce titre une distinction entre les pratiques commerciales trompeuses par action (A) et celles qui le sont par omission (B).

A Les pratiques commerciales trompeuses par action .

297 Ne seront pas seulement désignées comme trompeuses les pratiques commerciales pouvant être qualifiées de tromperie au sens strict, mais cette désignation devra être élargie aux pratiques induisant ou étant susceptible d'induire en erreur le public, et ce, même si les informations présentées étaient factuellement correctes. Il ne s'agit en réalité pas de catégories distinctes de pratiques commerciales trompeuses, mais plutôt d'échelons d'apparition de la tromperie allant de l'induction en erreur la plus subtile au mensonge⁷⁵⁴.

Ainsi, une activité commerciale ne devra pas être trompeuse sur une série d'aspects (1), la tromperie étant entendue tant au sens strict (2), qu'en celui d'une simple induction en erreur (3).

1 La liste des éléments ne devant pas être trompeurs .

298 L'article 6.1 de la directive dresse une longue liste des éléments sur lesquels une pratique commerciale peut tromper le consommateur et donc être qualifiée de trompeuse ou *in fine* de déloyale. Ces éléments sont en grande partie repris de la directive relative à la publicité trompeuse⁷⁵⁵ auxquels ont été ajoutés d'autres éléments venant élargir le champ d'application.

Ainsi, une pratique commerciale sera réputée trompeuse « si elle contient une tromperie au sens strict ou si elle est susceptible d'induire en erreur le consommateur en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments suivants :

— a) l'existence ou la nature du produit [...] » ;

299 Étrangement, cette disposition n'était pas présente au sein du texte initial et n'est apparue

753. En effet, une hésitation de ces dernières est apparente. Voir not. Cass. Com. 29 novembre 2011, n° 10-27.402, Bull. civ. IV, n° 195 ; D. 2011. 2989, 2012. 840, obs. SAUPHANOR- BROUILAUD, et 2760, obs. PICOD ; RTD eur. 2012. 503, obs. ADALID, et 507, obs. RIAS ; Propr. ind. 3/2012, n° 28, obs. LARRIEU ; ou encore Cass. Com. 4 décembre 2012, n° 11-27.729, Bull. civ. IV, n° 221 ; D. 2012. 2956, obs. MANARA, et 2013. 2487, obs. TRÉFIGNY ; CCE 2013. Comm. 14.

754. Déjà en 1978, Cass. Crim. 8 mars 1978, JCP 1979. 19019, note FOURGOUX.

755. Dir. 2006/114/CE.

que lors de la position commune du 9 novembre 2004⁷⁵⁶. Sera ainsi fausse ou de nature à induire en erreur, la publicité présentant des marchandises qui ne sont pas disponibles en quantité suffisante pour répondre à la demande⁷⁵⁷, ou encore celle, consistant en l'envoi de « cadeaux » à un consommateur précisant que ceux-ci ne l'engagent à rien alors que d'autres mentions affirment que faute de refus exprès, d'autres marchandises payantes lui seront envoyées⁷⁵⁸. Cette disposition pourra en outre, être utilisée en combinaison avec celle encadrant les mécanismes de prédation par les prix⁷⁵⁹.

- b) les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit ;

300 Cette liste des exemples de caractéristiques principales n'est pas exhaustive tel que le montre l'emploi du terme « telles que », en outre, ces caractéristiques sont données dans un ordre qui peut paraître illogique et pourrait faire l'objet d'une classification selon qu'elles portent sur le produit, sur sa production ou encore sur le producteur.

Ainsi a-t-il été jugé qu'un spot télévisé qui n'était pas accompagné d'un avertissement sur les précautions d'emploi d'un désherbant présenté comme biodégradable et laissant le sol propre après son emploi était trompeur et entraînait donc dans le champ d'application de la directive 2005/29/CE et de la loi française de transposition du 3 janvier 2008⁷⁶⁰. De la même manière⁷⁶¹, le 6 juin 2007, l'*Advertising Standards Authority* (ASA) en Grande-Bretagne interdisait à TOYOTA de poursuivre la campagne de publicité promouvant les qualités écologiques de l'un de ses véhicules⁷⁶². Le Jury de Déontologie Publicitaire (JDP), à lui aussi été naturellement saisi d'affaires reposant sur le même registre et il a ainsi rappelé que les arguments écologiques ne doivent pas « laisser envisager que le produit, dans sa fabrication et son utilisation, est sans dommage pour l'environnement, et enfin, de ne pas induire ou cautionner des comportements manifestement inconséquents

756. Conseil de l'UE, 9 novembre 2004, Position commune (11630/04)

757. Cass. Crim. 11 janvier 1990, JCP E 1990. II. 19729.

758. Cass. Crim. 14 février 1996, D. 1996. IR. 116.

759. Voir not. n^{os} 205 sqq.

760. CA Lyon, Ch corr. 7, 29 novembre 2008, JurisData : 2008-371645.

761. F.-G. TREBULLE, « Entreprise et développement durable », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n^o 31, 2 août 2007, 1989.

762. ARPP, 7 juin 2007, Adjudication against TOYOTA PRIUS ads. : « *We noted that Toyota had qualified the claim by stating 'up to one tonne less CO2 per year' and that the Prius emitted significantly less CO2 than some other cars with greater engine capacity, but we did not consider their evidence demonstrated that it emitted one tonne less than equivalent vehicles with diesel engines* ».

ou irresponsables au regard de la préservation de l'environnement »⁷⁶³. Ces condamnations s'inscrivent dans un processus de lutte ouverte contre les pratiques dites de *green washing*. En effet, ces dernières années, une caractéristique est venue s'installer au sein de la prise de décision des consommateurs, cette caractéristique consiste dans l'évaluation de l'impact environnemental d'un produit, de sa consommation ou de son utilisation. Déjà en 2003, le Bureau de Vérification de la Publicité (BVP) devenu Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP) élaborait un dispositif d'autorégulation des publicités faisant référence au développement durable selon lequel « la publicité ne doit pas induire le public en erreur sur la réalité des actions de l'annonceur ni sur les propriétés de ses produits en matière de développement durable »⁷⁶⁴. C'est toujours à la poursuite de ce même objectif qu'est apparue la directive 2010/30 du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie. Il s'agit en outre de la question des labels dont le caractère semble en grande partie confus⁷⁶⁵. Cela étant, cette prise en considération européenne n'est pas innovante. En effet, déjà en 2009, la France précisait dans l'article 54 de la loi relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Grenelle 1)⁷⁶⁶ que « les consommateurs doivent pouvoir disposer d'une information environnementale sincère, objective et complète portant sur les caractéristiques globales du couple produit/emballage et se voir proposer des produits respectueux de l'environnement à des prix attractifs ». De la même manière, l'article L.112-10 du Code de la consommation prévoyait, par application de la loi ENE du 12 juillet 2010 et notamment de son article 228, la mise en place expérimentale, d'une étiquette indiquant « le contenu en équivalent carbone des produits et de leur emballage », ainsi que « la consommation de ressources naturelles ou de l'impact sur les milieux naturels qui sont imputables à ces produits au cours de leur cycle de vie ».

301 Le lien est donc trouvé avec la présente directive qui ne vise non pas à décourager les allégations commerciales, mais plutôt à les encadrer de manière à ce que celles-ci soient présentées de manière claire, exacte, précise, et non trompeuse, et puissent être démontrées de manière scientifique⁷⁶⁷. Ici encore, le lien avec la concurrence déloyale peut être établi. En effet, il s'agira ainsi de protéger le professionnel dont les allégations environnementales sont exactes contre celui qui les utilise de manière trompeuse. La Commission se range donc derrière les conclusions du Conseil environnement du 4 décembre 2008 qui

763. JDP, HENKEL / LE CHAT - DDB - J.C. DECAUX, Décision publiée le 16.07.2009, HENKEL / LE CHAT - 17/09.

764. ARPP, Recommandation Développement Durable, Version consolidée juin 2009, point 1/1.

765. F.-G. TREBULLE, « Entreprise et développement durable », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 41, 14 octobre 2010, 1890, 51.

766. Loi n° 2009-967 du 3 août 2009.

767. Document de travail des services de la Commission, orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, Bruxelles, le 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666. §2.5.1.

invitait dans son point 18 d'une part, « les États membres à mettre pleinement en œuvre la directive relative aux pratiques commerciales déloyales en ce qui concerne les allégations environnementales » ; et d'autre part, « la Commission à intégrer les allégations environnementales dans toutes les lignes directrices futures en rapport avec la directive relative aux pratiques commerciales déloyales ». En dehors des rares dispositions d'harmonisation européennes relatives à la protection des consommateurs par rapport aux allégations environnementales, la Commission invite donc à se référer aux dispositions générales de la directive 2005/29/CE. Cela étant, certaines dispositions de la liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances pourront trouver application relativement aux allégations environnementales⁷⁶⁸ ; il s'agira des quatre premières pratiques commerciales réputées trompeuses, c'est-à-dire, d'une part, « pour un professionnel, se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas », ce code de conduite sera ici supposé en rapport avec les performances environnementales du produit. D'autre part, et surtout, « afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire », cette disposition fait référence aux labels ou certificats nationaux ou européens tels que la norme CE. Mais encore, d'« affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas », ici l'idée est la même que pour la pratique précédente hormis le fait que le code de conduite, ici entendu comme un label n'est pas issu des travaux préparatoires de l'État. Ou enfin d'« affirmer qu'un professionnel (y compris ses pratiques commerciales) ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ou sans respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue », il s'agit ici, par exemple, de protéger les organismes non gouvernementaux contre l'usage abusif de leurs noms et réputation en matière environnementale.

- 302** En outre, il est nécessaire de rappeler qu'en cette matière comme de manière générale, le caractère trompeur doit être entendu de manière relativement large. En effet, il s'entendra aussi des présentations déceptives. Ici encore, la Commission illustre ses propos d'exemples, dont l'un des plus parlant, car ayant beaucoup été utilisé est celui de la publicité au profit d'une automobile dans une forêt ou un cadre particulièrement propice à l'épanouissement de la nature. Cela étant, l'étude devra ici être faite cas par cas. En effet, rien n'interdit impérativement au publicitaire d'utiliser un tel cadre pour la publicité de son automobile, une telle pratique sera interdite et sanctionnée que si elle induit le consommateur en erreur et donc est accompagnée d'un message ventant les valeurs environnementales du produit. C'est suivant cette logique que le slogan « énergie d'avenir »⁷⁶⁹ concernant le gaz naturel a été considéré comme induisant le public en erreur quant au

768. F.-G. TREBULLE, « Entreprise et développement durable (2^e partie). Juin 2009/juillet 2010 », *Environnement* n° 1, Janvier 2011, chron. 1.

Document de travail des services de la Commission, orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, Bruxelles, le 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666. §2.5.4.

769. ARPP, bilan 2009, publicité et environnement, annexes - détail des manquements.

caractère durable du gaz naturel, alors que les documents publicitaires intitulés « construisons ensemble une énergie d'avenir » relatifs à une centrale électrique à combiné gaz⁷⁷⁰ ont été vus de manière plus positive⁷⁷¹. Dans ces derniers cas, la différence d'appréciation s'expliquait par une prise en compte de l'additionnalité de l'objet de la publicité dans le cas de la centrale électrique à combinée gaz qui apportait une réelle amélioration par rapport aux solutions traditionnelles, alors que ce n'était pas le cas lors de la simple qualification d'avenir du gaz naturel. De la même manière constituait une pratique commerciale trompeuse, celle qui présentait des fruits ou végétaux, sur les conditionnements de produits laitiers intitulés « saveur fraise des bois » ou encore « saveur vanille », mais ne contenant en réalité que des arômes artificiels⁷⁷².

En tout état de cause, qu'elle soit objectivement trompeuse ou simplement subjectivement déceptive, les magistrats pourront s'appuyer sur l'avis du Conseil national de la consommation demandé par les Secrétaires d'État au commerce et à l'écologie du 6 juillet 2010⁷⁷³ dans lequel le CNC fait une étude des différents termes pouvant être utilisés de manière trompeuse, ainsi que sur la Recommandation de l'ARPP du 26 juin 2009⁷⁷⁴.

303

Ces représentations environnementales sont aussi prises en compte par les droits statutaires américains, par exemple, le Code de Californie⁷⁷⁵, impose à toute personne qui représente dans une publicité, ou sur un label ou contenant d'un bien de consommation, que ce bien n'est pas dangereux, ou est bénéfique pour l'environnement, notamment par l'emploi de termes tels que « choix environnemental », « pro écologique », « ami de la Terre », « voix de l'écologie », « voix de l'environnement », « environnementalement sans danger », « écologiquement sans danger », « environnementalement léger », « produit vert »⁷⁷⁶, ou d'autres termes similaires, doit préserver de manière écrite dans ses données les informations et documentations au profit de son allégation, c'est-à-dire, notamment, les raisons qui la pousse à croire que la représentation est vraie, les effets environnementaux négatifs importants, directement associés à la production, la distribution, l'utilisation et la destruction du bien, les mesures qui ont été prises par elle pour réduire les impacts

770. JDP, Décision publiée le 21.12.2009 DIRECT ENERGIE - 34/09.

771. F.-G. TREBULLE, « Entreprise et développement durable (2^e partie). Juin 2009/juillet 2010 », op. cit., 22.

772. CA Paris, 8 déc. 2010, n° 09/03571, *SNC ANDROS FRANCE C/ SA LACTALIS NESTLE ULTRA-FRAIS MARQUES*.

773. CNC, 6 juillet 2010, Premier avis du Conseil National de la Consommation relatif à la clarification d'allégations environnementales, NOR ECEC1018370 V.

774. ARPP, Recommandation Développement Durable, Version consolidée juin 2009.

775. California Business & Professions Code, §17580 sqq.

Ou de la même manière Burns Indiana Code Annotated, §24-5-17-2 ;

Michigan Compiled Laws Service, §445.903 ;

Rhode Island General Laws, §6-13.3-2.

776. Respectivement : "environmental choice," "ecologically friendly," "earth friendly," "environmentally friendly," "ecologically sound," "environmentally sound," "environmentally safe," "ecologically safe," "environmentally lite," "green product,".

environnementaux négatifs directement liés à la production, la distribution, et la destruction du bien . . .

- 304** Il en sera de même pour l'utilisation des qualifications de :
- biodégradable, devant être réservé aux matériaux ayant prouvé une capacité à se décomposer en moins d'un an dans l'environnement le plus couramment utilisé pour évacuer le matériel de manière biologique⁷⁷⁷ ;
 - compostable, devant être réservé aux matières se décomposant dans un matériau terreux en moins d'un an⁷⁷⁸.
 - sans incidence sur l'ozone (*ozone friendly* ou un terme similaire), impliquant que l'utilisation ou la production du bien ne devra pas rejeter dans l'environnement, des substances ou matières chimiques, qui migreraient vers la stratosphère et causeraient une dégradation anormale ou accélérée de la couche d'ozone⁷⁷⁹ ;
 - photodégradable, imposant que le matériau ait prouvé une capacité à se décomposer en moins d'un an par exposition à la chaleur et/ou à la lumière⁷⁸⁰ ;
 - recyclable, c'est-à-dire pouvant, grâce à des lieux de recyclage, retourner à l'état de matière première répondant aux normes de qualité nécessaires pour être utilisées sur le marché⁷⁸¹ ;
 - ou enfin recyclé, imposant qu'au moins 10% du poids du bien soit issu d'un mécanisme de recyclage⁷⁸².
- 305** En tout état de cause, toute allégation, environnementale fausse, trompeuse, ou de nature à induire en erreur, et que celle-ci soit explicite ou implicite, sera illégale. À ce titre, l'auteur des déclarations devra se référer au *Guides for Use of Environmental Marketing Claims* publié par la *Federal Trade Commission*, qui pourra, s'il a été suivi lui servir de base de défense⁷⁸³.
- 306** Enfin, la Commission rappelle son attachement aux codes de conduite en précisant cependant que l'action naturellement disciplinaire qui en découle n'exclue pas une appropriation de l'affaire par la matière juridictionnelle. Instances juridictionnelles qui pourront être saisies par les associations de consommateurs, ce qui paraît génétiquement explicable, mais aussi par les associations de protection de l'environnement, ce qui est plus

777. Burns Indiana Code Annotated, §24-5-17-3.

778. Burns Indiana Code Annotated, §24-5-17-4.

779. Burns Indiana Code Annotated, §24-5-17-6.

780. Burns Indiana Code Annotated, §24-5-17-8.

781. Burns Indiana Code Annotated, §24-5-17-9.

782. Burns Indiana Code Annotated, §24-5-17-10.

783. California Business & Professions Code, §17580.5 ;
Minnesota Statutes, §325E.41.

inédit. Cet article L.142-2 du Code de l'environnement vient donc renforcer le trait liant les intérêts individuels ou collectifs des consommateurs, à l'intérêt du marché, ou de manière encore plus vaste, à l'intérêt général.

307 De la même manière, la présentation de chiots comme étant issus d'élevages français alors qu'ils provenaient d'Espagne a été sanctionnée⁷⁸⁴. En outre, en matière de vente d'ordinateurs, ventes qui font l'objet d'une multitude de décisions, la Haute juridiction française a considéré, en conformité avec l'article L.121-1, I, 2° du Code de la consommation que les conditions d'utilisation étaient l'une des caractéristiques essentielles du bien ou du service. En revanche, ce même arrêt ne conclut pas que la ventilation du prix de vente de l'ordinateur accompagné de logiciels doit être indiquée⁷⁸⁵.

Enfin, la présentation de produits comme étant en stock par un commerçant opérant sur Internet alors qu'il ne se fournit qu'après avoir reçu des commandes par des consommateurs semble devoir être considérée comme trompeuse au sens de la directive 2005/29/CE⁷⁸⁶.

308 La protection des consommateurs quant à l'information sur les caractéristiques du produit est largement prise en compte outre-Atlantique. En effet, par exemple, la loi d'Alaska déclare comme déloyale, ou trompeuse, la pratique qui indique frauduleusement que les biens sont ceux d'un autre, une telle rédaction n'est pas sans rappeler les mécanismes du *passing off*, mais c'est ici la loi statutaire qui vient interdire ces représentations fausses de l'origine soit géographique, soit commerciale (qu'il s'agisse de sa source réelle, d'un sponsor, ou encore d'une approbation obtenue, ou d'une affiliation, d'une connexion, association ou certification) d'un bien ou d'un service⁷⁸⁷. De la même manière, serait

784. G. RAYMOND, « L'origine géographique d'un chiot est-elle une qualité substantielle ? », Contrats Concurrency Consommation n° 6, Juin 2012, comm.164 sous CA Montpellier, 22 mars 2012, *Ministère Public c/ R.T.*

785. E. BAZIN, « La vente d'un ordinateur prééquipé de logiciels sans information sur ses principales caractéristiques constitue une pratique commerciale déloyale », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 45, 10 novembre 2011, 1787. Sous Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2011, n° 10-10.800, FS-P+B+I, *UFC Que Choisir c/ Darty* : JurisData n° 2011-021022.

786. Voir en ce sens not. AGCM, n° 25428, Bull. 17/2015, du 15 avril 2015.

787. Statutes of Alaska : Sec. 45.50.471

De la même manière :

- Code of Alabama, §8-19-5 ;
- Code of Arkansas, 4-88-107 ;
- Arizona Revised Statutes, §44-1221 ;
- California Business & Professions Code, §17533.7 à propos de l'utilisation des termes « Made in USA » et autres similaires ;
- California Civil Code, §1770 ;
- Colorado Revised Statutes, 6-1-105 ;
- District of Columbia Official Code, §28-3904 ;
- Delaware Code, §2532 ;
- Official Code of Georgia, §10-1-372, §10-1-393 ;
- Hawaii Revised Statutes, §481A-3 ;
- Idaho Code, §48-603 ;

considérée trompeuse, la présentation fausse, selon laquelle le bien ou service aurait certaines caractéristiques telles que des éléments, un usage préconisé, des bénéfices, ou des quantités qu'il n'a pas. Le caractère neuf du produit est notamment mis en avant comme élément ne devant pas être utilisé pour tromper le consommateur. De la même manière, la qualité, le standard ou le niveau du produit ne doivent pas être présentés faussement. Il est d'ailleurs intéressant de soulever ici, que la présentation faussement trop positive de son produit soit interdite⁷⁸⁸ au même titre que la dépréciation fausse des biens ou services (ou plus généralement des affaires) d'un concurrent.

- c) l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect ;

309 Il apparaît ici en réalité trois questions, la première est celle des engagements post-contractuels du professionnel, il s'agira par exemple du bénéfice ou non d'un service après-vente. La seconde est celle de la motivation de la pratique commerciale ou du processus de vente, il s'agit de faire en sorte que le consommateur sache les intentions du professionnel, il s'agit ainsi de distinguer entre les informations données à titre commercial dans un but marketing et les informations pures. Ainsi, un comparateur de prix

-
- Burns Indiana Code Annotated, §24-5-0.5-3 ;
 - Kansas Statutes Archive, §50-626 ;
 - Louisiana Revised Statutes, §51 :1420 ;
 - Maryland Commercial Law, §13-301 ;
 - Maine Revised Statutes, §1212 ;
 - Michigan Compiled Laws Service, §445.903 ;
 - Mississippi Code Annotated, §75-24-5 ;
 - Nebraska Revised Statutes, §87-302 ;
 - New Hampshire Revised Statutes Annotated, 358-A :2 ;
 - New Mexico Statutes Annotated, §57-12-2 ;
 - Nevada Revised Statutes Annotated, §598.0915 ;
 - 15 Oklahoma Statutes, §753 ;
 - Oregon Revised Statutes, §646.608 ;
 - 73 Pennsylvania Statutes, §201-2 ;
 - South Carolina Code Annotated, §39-5-37 ;
 - Tennessee Code Annotated, §47-18-124 ;
 - Texas Business & Commerce Code, §17.46 ;
 - Utah Code Annotated, §13-11-4 ;
 - Virginia Code Annotated, §59.1-200 ;
 - West Virginia Code, §46A-6-102 ;
 - Wyoming Statutes, §40-12-105.

788. Ce qui devra être contrasté par l'autorisation de l'exagération. Voir, V° Procédés hyperboliques.

qui n'annonçait pas le caractère publicitaire de sa pratique pouvait être sanctionné sur le fondement de la déloyauté de sa pratique⁷⁸⁹.

Il s'agit en outre de faire en sorte que le consommateur sache quel produit lui est vanté, évitant ainsi la publicité clandestine au profit d'un produit, intégrée au sein d'informations concernant un autre produit. La dernière est celle du parrainage ou de l'appui direct ou indirect au profit du professionnel ou du produit.

310 Cette pratique peut ici être associée à une technique pouvant être qualifiée de corollaire qu'est celle du marketing en embuscade (ou *ambush marketing*). En effet, cette dernière se caractérise par l'association à un évènement sans l'autorisation de l'organisateur⁷⁹⁰, et est définie comme un « effort planifié [...] par une organisation pour s'associer indirectement avec un évènement dans le but de gagner au moins certains des avantages qui découlent du fait d'être un sponsor officiel »⁷⁹¹. La cour d'appel de Paris l'ayant quant à elle définie comme « le fait pour une entreprise de se rendre visible du public lors d'un évènement sportif ou culturel afin d'y associer son image tout en évitant de rétribuer les organisateurs et de devenir un supporter officiel »⁷⁹².

311 En outre, le marketing en embuscade peut prendre plusieurs formes⁷⁹³, celles-ci seront alors qualifiées de :

— *Predatory Ambushing*, lorsqu'elles reposent sur l'attaque d'un sponsor sur un évènement en laissant les consommateurs confus à propos de la connaissance du sponsor officiel de l'activité. Ce fut notamment le cas lors des affaires *American Express v. Visa* lors des Jeux Olympiques de 1992⁷⁹⁴, et *Pepsi v. Coca Cola* lors de la Cricket World Cup de 1996⁷⁹⁵ ;

789. Cass. com., 4 décembre 2012, n° 11-27.729, Sté Leguide.com c/ Stés Pewterpassion.com et Saumon's : JurisData n° 2012-028226, Comm. Com. Electr., Février 2013, comm. 14, obs. LOISEAU.

790. L. ARCELIN-LECUYER, « Coupe du monde de football 2010 : l'embuscade des Bavaria Girls... », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 35, 2 septembre 2010, 1741.

791. DENNIS M. SANDLER & DAVID SHANI, Olympic Sponsorship v. "Ambush" Marketing : Who Gets the Gold ?, 29 J. Advertising Res. 9, 11 (1989)

792. CA Paris, 10 février 2012, RG n° 10/23711, Cinq-Huitièmes (titulaire de la marque « Eden Park ») c/ TNT : JurisData n° 2012-004581.

Cité par ALÈS T. D' et AYNÈS M., « Ambush marketing. Panorama jurisprudentiel et conseils pratiques. », CCC n° 12, Décembre 2014, étude 12.

793. BERGER-WALLISER G., WILLIAMS M.S., WALLISER B. et BENDER M., « Bavarian Blondes Don't Need a Visa : A Comparative Law Analysis of Ambush Marketing. », Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 21, n° 1, Winter 2012.

794. Dans laquelle la société American Express utilisait le slogan « You don't need a Visa » to visit Spain.

795. Dans laquelle Pepsi co. utilisait le slogan « nothing official about it ».

- *Cottail Ambushing*, lorsque l’auteur s’associe à un évènement en sponsorisant un participant (personne ou équipe). Ce fut notamment le cas lors des affaires *Kodak v. Fuji*⁷⁹⁶, ou encore *American Express v. Visa*⁷⁹⁷ ;
 - *Self Ambushing*, qui repose sur l’utilisation du statut de sponsor officiel pour sortir du cadre de ce contrat, il s’agira par exemple du sponsor officiel pour les droits de rediffusion qui fera des T-shirts sur l’évènement, cet acte peut en effet atteindre les droits d’un autre sponsor qui aurait contracté avec l’organisateur de l’évènement pour cette activité économique ;
 - *Controversy Ambushing*, qui revient à compter sur la publicité négative autour de l’évènement, ce fut notamment le cas lorsqu’un site de rencontres homosexuelles canadien avait produit une publicité, sachant que cette dernière n’aurait jamais été acceptée pour une diffusion lors du Superbowl de 2010. L’auteur de la publicité a profité du refus pour s’offrir une publicité (gratuite cette fois-ci) reposant sur ce refus ;
 - *Associate Ambushing*, qui repose sur l’utilisation d’imageries ou de terminologies pour créer l’illusion que l’organisation a des liens avec l’évènement sportif. Ce fut notamment le cas lorsque Nike a utilisé le chiffre 8 lors des Jeux olympiques de Beijing en 2008, en sachant que ce chiffre était utilisé par les Jeux notamment parce qu’il s’agissait d’un chiffre porte-bonheur en Chine. Ce fut encore le cas lors de Jeux olympiques de Sydney en 2000, quand Qantas Airline utilisait le slogan « Spirit of Australia » alors que le comité des Jeux avait choisi celui de « Share the Spirit ».
- Il semble que la jurisprudence française à depuis 2014 souhaité limiter les cas de succès des actions relatives à ces dernières sortes d’embuscades. En effet, la jurisprudence qui jusqu’alors sanctionnait le rattachement sans autre condition⁷⁹⁸, elle semble désormais conditionner le succès à la volonté du prédateur de se situer dans le sillon de l’évènement⁷⁹⁹.
- *Distractive and Insurgent Ambushing*, représentant le fait d’être présent autour de l’évènement sans y faire spécialement référence. Par exemple, lors de l’Open de

796. Kodak sponsorisait l’équipe américaine d’athlétisme

797. American Express avait utilisé un champion olympique portant sa médaille autour du cou lors d’une publicité.

798. CA Paris, 28 mars 2001 : Comm. com. électr. 2003, comm. 14, obs. CARON ; TGI Paris, 10 septembre 1997 : PIBD 1997, III, p. 586 ; TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 4 octobre 1996, n° 96/11949 ; TGI Paris, 3e ch., 3e sect., 28 novembre 2007, n° 06/08916 ; TGI Paris, 30 mai 2008 ; TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 mai 2008, n° 08/02005, FFT c/ Expekt ; CA Paris, 14 octobre 2009 ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 oct. 2009, n° 08/19179, FFT c/ Unibet : www.legalis.net ; CA Paris, pôle 5, ch. 2, 21 janvier 2011, n° 09/20261 : JurisData n° 2011-004688 ; CA Paris, 4e ch. A, 8 septembre 2004, n° 04/09673 : JurisData n° 2004-249105 ;

Cités par MALAURIE-VIGNAL, M., « La Cour de cassation pose des conditions strictes pour que la théorie de l’« ambush marketing » soit retenue. », CCC n° 8-9, Août 2014, comm. 191.

799. Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12.102, FS-P+B, FFR c/ Sté Auto Picardie et alii : JurisData n° 2014-010678, CCC 2014, obs. 191, MALAURIE-VIGNAL.

France de 2008, le groupe K-Swiss avait garé une voiture qui semblait écrasée par une balle géante de tennis de la marque à proximité de l'évènement ;

- *Unintentional Ambushing*, quand un équipement est utilisé par un sportif ou une équipe sans contrat de sponsoring. Ce fut notamment le cas de la très réputée marque d'équipements de natation Speedo qui était souvent nommée lors des Jeux olympiques de Beijing, car des nageurs portaient une combinaison de la marque qui semble-t-il leur permettait d'être particulièrement compétitifs ;
- Enfin, la *Saturation Ambushing* lorsqu'une publicité est intensifiée pendant l'évènement, et ce même si la publicité ou le produit n'ont aucun rapport avec l'évènement, il s'agit ici plutôt de profiter du flux de consommateurs potentiels que de l'image même de l'évènement.

312 Alors que la directive vient prohiber la présentation trompeuse selon laquelle le produit bénéficierait d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect, il s'agit ici de se présenter comme le parrain ou l'appui direct ou indirect de l'évènement. Cela étant, il est possible de penser que cette disposition pourrait être lue au sens d'une prohibition des deux comportements. En effet, le contrat de parrainage se caractérise par un appui bilatéral, alors que le sponsor vient appuyer le plus souvent économiquement ou matériellement le sponsorisé, ce dernier offre un appui en terme d'image au sponsor. Une telle pratique viendrait donc porter atteinte aux droits de l'organisateur de l'évènement sponsorisé dans le sens où ce dernier subirait, si ce n'est un acte de parasitisme, du moins une situation d'agissements parasitaires, mais aussi aux droits du sponsor qui avait acquis de manière loyale un avantage concurrentiel sur ses concurrents.

313 Pour leur part, les États-Unis utilisent deux approches pour encadrer de telles activités, tout d'abord le *Lanham Act*⁸⁰⁰ qui offre une protection contre la publicité trompeuse, que celle-ci soit nationale ou internationale. Cela étant, cette protection repose sur la preuve de l'utilisation non autorisée de la marque ou du nom déposé et du caractère trompeur de l'acte, il semble donc facile de détourner une telle législation notamment par le biais d'agissement de marketing en embuscade. En outre, même quand les deux conditions sont réunies, il arrive que l'acte soit accepté, s'il est considéré qu'il ne s'agit que d'un discours et non d'une publicité visant la vente d'un produit.

314 Ensuite la *common law* offre une action en concurrence déloyale reposant sur le *tort of passing off*. Ce *tort* est utilisé de la même manière par le Canada qui l'a codifié dans le *Trade-marks Act*⁸⁰¹. L'Australie pour sa part, a aussi codifié un *Trade-marks Act* en

800. Lanham Act, 15 U.S.C. §§1051-1141 (2006)

801. Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, § 7(b) (Can.) disposant que « *No person shall [...] direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another* ».

1995⁸⁰² qui organise une procédure d'enregistrement des marques et permet d'interdire l'utilisation sans consentement d'une marque substantiellement identique ou trompeusement similaire, et protège de la même manière qu'en France les marques de renommée.

Parallèlement à ce *tort*, celui d'*interference with economic relation* est lui aussi ouvert. Ce dernier nécessite une interférence directe et délibérée avec l'exécution d'un contrat⁸⁰³.

- 315** En outre, l'Australie, grâce à son Competition and Consumer Act de 2010⁸⁰⁴, impose une interdiction générale des conduites qui sont ou sont susceptibles d'être trompeuses ou d'induire en erreur, et interdit spécifiquement les pratiques qui constituent une représentation fausse ou trompeuse selon laquelle les produits ou services sont sponsorisés ou que la personne en elle-même bénéficie d'un sponsoring ou d'une relation assimilée⁸⁰⁵.
- 316** Enfin, cette disposition risque de relancer le débat relatif au droit au nom et aux effets de son utilisation comme marque. Il est en effet acquis en droit français que le fondateur d'une entreprise qui lui donne son nom est présumé lui en avoir cédé l'usage comme dénomination sociale ou marque⁸⁰⁶. Cela étant, la Cour de Justice de l'Union européenne avait précisé que l'utilisation du patronyme cédé ne peut être considéré, à elle seule, de « nature à tromper le public sur la nature, la qualité ou la provenance de la marchandise qu'elle désigne », mais qu'il, « appartiendrait au juge national d'examiner si, dans la présentation de la marque « ELIZABETH EMANUEL », il n'existe pas une volonté de l'entreprise ayant introduit la demande d'enregistrement de celle-ci de faire croire au consommateur que M^{me} EMANUEL est toujours la créatrice des produits portant ladite marque ou qu'elle participe à leur création. Il s'agirait, en effet dans ce cas, d'une manœuvre qui pourrait être jugée dolosive, mais qui ne pourrait être analysée comme une tromperie au sens de l'article 3 de la directive 2008/95/CE et qui, de ce fait, n'affecterait pas la marque elle-même et, par voie de conséquence, la possibilité de l'enregistrer »⁸⁰⁷.
- 317** Il s'agit donc ici de condamner l'usage dolosif, parasitaire, du nom et de la réputation y étant attaché, d'une personne ayant fondé la société et/ou la marque. Ce n'est donc pas l'usage de la marque en lui-même qui serait condamné, mais le caractère dolosif, déloyal, ou encore trompeur de ce dernier à l'égard des consommateurs.

802. Trade Marks Act 1995 (Cth) s 120 (Austl.).

803. *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers Union* (1972), 24 D.L.R. 3d 585, 620

804. Competition and Consumer Act 2010 (Cth) s 29 sch 2 (Austl.).

805. « *a false or misleading representation that goods or services have sponsorship, approval, performance characteristics, accessories, uses or benefits ; or [...] a false or misleading representation that the person making the representation has a sponsorship, approval or affiliation* ».

806. Cass. com., 12 mars 1985, *Bordas* : JurisData n° 1985-000693.

Cass. com., 27 février 1990, *Mazenod* : JurisData n° 1990-000618.

Cass. com., 13 juin 1995, *Petrossian* : JurisData n° 1995-002575.

807. CJUE, 30 mars 2006, Aff. C-259/04, *Elizabeth Florence Emanuel contre Continental Shelf 128 Ltd.*, Demande de décision préjudicielle : The Person Appointed by the Lord Chancellor under Section 76 of The Trade Marks Act 1994, on Appeal from the Registrar of Trade Marks - Royaume-Uni, Rec. 2006 I-03089. Points 43-51.

Cette position se recoupe donc largement avec celle déjà retenue selon laquelle « la fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance. En effet, pour que la marque puisse jouer son rôle d'élément essentiel du système de concurrence non faussé que le traité entend établir et maintenir, elle doit constituer la garantie que tous les produits ou services qu'elle désigne ont été fabriqués ou fournis sous le contrôle d'une entreprise unique à laquelle peut être attribuée la responsabilité de leur qualité »⁸⁰⁸. Ainsi, l'usage du patronyme dans une marque ne suffirait pas à la rendre trompeuse, à moins que le consommateur ait été amené à croire faussement que la personne dont le nom est utilisé a agi au long du processus de fabrication ou de commercialisation du produit.

Cet appui direct ou indirect dont bénéficie le professionnel est lui aussi pris en compte par le droit de certains États des américains⁸⁰⁹.

- d) le prix⁸¹⁰ ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix ;

318 Il s'agit ici, d'une part d'éviter l'emploi trompeur de termes tels qu'illimité, gratuit, sans frais supplémentaires, et d'autre part de faire croire que le prix est obtenu grâce à un avantage extraordinaire dû à un rabais, des soldes ou toute autre pratique similaire. À cette notion de prix peut être assimilée celle de TAEG. En effet, ce taux permet au consommateur de calculer le prix total de l'emprunt qu'il s'engage à rembourser. C'est, selon cette logique qu'il a été jugé que le comportement d'un professionnel qui indique dans ses contrats un TAEG inférieur au taux réel peut être qualifié de pratique commerciale trompeuse⁸¹¹.

De la même manière, cette disposition peut être appliquée lorsqu'une pratique commerciale annonçant des réductions de prix est trompeuse ou de nature à induire en erreur. Cela étant, malgré une volonté d'appréhension large, il est flagrant que cette disposition ne saurait être assez précise. Il serait alors préférable, pour plus de précision quant au régime des annonces de réduction de prix, de se référer, à l'arrêté de 1977 relatif à la matière⁸¹².

808. CJUE, 12 novembre 2002, C-206/01, *Arsenal Football Club plc contre Matthew Reed.*, Demande de décision préjudicielle : Royaume-Uni, Rec. 2002 I-10273.

809. Statutes of Alaska, Sec. 45.50.471 ;
Code of Alabama, §8-19-5.

810. Est par exemple trompeur, l'affichage d'un prix qui ne correspond pas à celui du bien présenté : Crim. 18 novembre 1991, BID 1992, n° 3, p19.

811. CJUE, 15 mars 2012, C-453/10, *Jana Pereničová et Vladislav Perenič contre SOS financ spol. s r. o..*

812. Arrêté n° 77-105 du 2 septembre 1977, accompagné des circulaires du 4 mars 1978 et du 26 février 1981 en précisant le mode d'application.

Cela étant, il semble que cet arrêté ne pourra être utilisé uniquement comme ligne de catégorisation de la déloyauté vis-à-vis des consommateurs, étant donné le caractère maximal de l'harmonisation voulue par la directive.

- e) la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;

319 Il s'agit ici tout particulièrement de l'encadrement du service après-vente et de la garantie, le législateur a voulu éviter que le consommateur se retrouve convaincu de l'achat d'une pièce ou d'un service supplémentaire qui ne lui serait pas utile. Cette information rejoint ici l'obligation de conseil notamment due lors de contrat portant sur une fourniture d'énergie.

Cette prohibition se retrouve également dans les droits statutaires de certains États américains ⁸¹³.

- f) la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues ;

320 Il s'agit ici d'éviter que le professionnel ne trompe le consommateur, que ce soit de manière positive ou négative. Il s'agira par exemple d'éviter qu'il ne trompe le consommateur sur sa qualité se présentant ainsi meilleur qu'il ne l'est en réalité ⁸¹⁴, ou comme ayant une qualité qu'il n'a pas, il est ainsi possible de mettre cette disposition en perspective avec le droit californien qui interdit de se présenter dans une publicité comme un producteur, fabricant, grossiste ou importateur, ou comme ayant le contrôle d'une usine ou d'une autre source d'approvisionnement de marchandises, alors que tel n'est pas le cas ; et interdit en outre de dénaturer le caractère ou d'augmenter la taille, le volume ou le type de l'entreprise ⁸¹⁵, ou de présenter de manière trompeuse l'autorité du ven-

813. Statutes of Alaska, Sec. 45.50.471 ;
 Code of Alabama, §8-19-5 ;
 California Civil Code, §1770 ;
 District of Columbia Official Code, §28-3904 ;
 Idaho Code, §48-603 ;
 Burns Indiana Code Annotated, §24-5-0.5-3 ;
 Maryland Commercial Law, §13-301 ;
 Michigan Compiled Laws Service, §445.903 ;
 Nevada Revised Statutes Annotated, §598.092,
 Ohio Revised Code Annotated, 1345.02 ;
 15 Oklahoma Statutes, §753 ;
 73 Pennsylvania Statutes, §201-2 ;
 Tennessee Code Annotated, §47-18-104 ;
 Utah Code Annotated, §13-11-4 ;
 Wyoming Statutes, §40-12-105.

814. Sera ainsi trompeuse, la pratique consistant à faire apparaître une adresse fictive, faisant apparaître au consommateur une proximité physique entre lui et le professionnel et lui laissant ainsi espérer un meilleur service : Cass. Crim. 17 octobre 2000, BID 2001, n° 6, p6.

815. California Business & Professions Code, §17505.

deur, représentant, ou agent de négociation⁸¹⁶. Enfin, cette disposition permet, à l'instar de ce qui est pratiqué outre Atlantique, de sanctionner les usages faux de qualifications ou titres. Par exemple, le Colorado⁸¹⁷ sanctionne les personnes qui professionnellement clament, faussement, et de manière écrite ou orale, posséder un niveau académique ou honoraire qui serait, accrédité par une agence régionale ou professionnelle reconnue par les États-Unis, fourni, ou mis en mouvement par le gouvernement d'État ou une de ses subdivisions, validé par une école, institution, collège ou université étrangère, mais approuvé par le département de l'éducation américain, ou un séminaire, une institution, un collège ou une université qui offre uniquement des programmes à vocation religieuse⁸¹⁸. Ou, au contraire, qu'il ne trompe ce dernier notamment sur ses pouvoirs, par exemple en se faisant passer pour un simple vendeur alors qu'il est aussi le producteur et qu'il bénéficie donc d'une possibilité accrue de négociation.

- 321** En outre, cette disposition marque un élargissement de l'incrimination par rapport à celle de la publicité trompeuse. En effet, alors que dans sa rédaction antérieure à la loi du 3 janvier 2008, l'article L.121-1 du Code de la consommation prohibait « toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après », et notamment sur l'« identité, (les) qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires », aujourd'hui sont pris en compte les « droits du professionnel ».
- 322** C'est grâce à cette extension que la Cour d'appel de Paris, soutenue par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation⁸¹⁹, a considéré que constituait une publicité trompeuse, la publicité qui présentait une entreprise comme la propriétaire du procédé de fabrication de murs végétaux protégés par un brevet industriel. Un lien existait déjà entre l'application de la législation relative aux droits de propriété industrielle et celle de la concurrence déloyale qui venait renforcer la première lorsque ses conditions strictes d'application n'étaient pas réunies ou plus difficilement démontrables que celles plus souples de la concurrence déloyale⁸²⁰, ou encore en présence de faits distincts. Ici, les magistrats français viennent faire la démonstration d'une possible substitution de l'action en contre-

De la même manière, le Code de Georgia interdit de déformer la nature de l'entreprise : Official Code of Georgia, §10-1-424.

816. California Civil Code, §1770 ;

De la même manière : Texas Business & Commerce Code, §17.46.

817. Colorado Revised Statutes, 6-1-707.

818. Voir de la même manière : Burns Indiana Code Annotated §24-5-0.5-12, pour la déclaration de la possession d'un doctorat.

819. Cass. 2^e civ., 17 décembre 2009, n° 09-11.847 : JurisData n° 2009-050773.

820. PH. MARTINI-BERTHON, « La reconstitution de monopole à l'expiration des droits de dessins et modèles est-elle légitime ? », Propriété industrielle n° 11, Novembre 2010, étude 15.

façon au profit de celle, nouvelle, visant la condamnation des pratiques commerciales trompeuses.

D'ailleurs, l'assimilation de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales à l'action en concurrence déloyale peut d'autant plus aisément être affirmée qu'il est reconnu que l'action en concurrence déloyale vise à sanctionner un manquement à la déontologie commerciale⁸²¹, alors que la directive vise à sanctionner les manquements notamment à la déontologie professionnelle.

323 En outre, cette complémentarité, et le champ large d'application de la directive pourraient la rendre applicable aux litiges concernant la protection des droits de propriété intellectuelle sur Internet qui depuis quelques années trouvent une vigueur particulière dans la distinction des activités d'hébergeur et d'éditeur⁸²².

En effet, depuis la directive 2000/31/CE, l'hébergeur ne peut être tenu responsable du contenu hébergé à condition que « a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente, b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible »⁸²³.

Disposition au sujet de laquelle il convient de rappeler que la transposition légale française a été jugée par le Conseil constitutionnel conforme à la Constitution⁸²⁴.

- g) les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement selon les dispositions de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, ou les risques qu'il peut encourir ».

324 Il s'agit ici du respect d'autres dispositions législatives et notamment celles de la directive 1999/44/CE, en outre, cet exemple opère une démonstration que la seule possibilité d'induction en erreur est condamnable, et ce même si les informations correctes figurent dans le contrat.

821. *Ibid.*

822. V. not. C. CARON, « Contrefaçon et sites communautaires : état des lieux jurisprudentiel », *Communication Commerce électronique* n° 12, Décembre 2007, comm. 143 ;

ERCIM et N. MALLET-POUJOL, « Droit de l'internet », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 9, 3 mars 2011, 1184.

823. Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), art. 14.

824. C.C., Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, not. sur l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

En outre, il est important de préciser que cette liste semble exhaustive tel que l'indique la phrase qui l'introduit⁸²⁵. Cela étant, certains auteurs considèrent que cette liste n'est pas exhaustive, mais qu'il s'agirait d'une présentation pédagogique des différentes sortes d'informations pertinentes⁸²⁶. En tout état de cause, même si les termes utilisés sont larges et malgré le fait qu'ils couvrent les cas les plus plausibles de tromperie, s'il s'agissait d'une liste limitative, celle-ci ne serait pas la plus favorable à l'extension de la protection des consommateurs dans une situation d'harmonisation maximale.

325 Parallèlement, l'article 6.2 s'attarde sur deux pratiques également réputées trompeuses compte tenu de leurs caractéristiques, des circonstances et du contexte factuel. Il est étonnant que ces deux aspects n'aient pas été introduits dans l'article 6.1, certains ont justifié ce fait par leur caractère nouveau et relativement incertain au sein des ordres juridiques préexistants, mais pour une directive visant une harmonisation des droits nationaux, il paraît normal que certains aspects soient nouveaux. Il semble plutôt que la séparation de l'intégration soit due au fait qu'il ne s'agit pas d'aspects d'information, mais plutôt de respect de règles extérieures à l'obligation d'information, mais venant se recouper avec celle-ci. Il paraît plus favorable de voir cette seconde intégration comme une tête de pont jetée vers le droit de la concurrence. En effet, alors que l'article 6.1 venait protéger le consommateur, il s'agit ici davantage de protéger le concurrent, la concurrence et donc *in fine* le marché.

326 Ainsi, l'article 6.2 précise qu'une « pratique commerciale est également réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique :

- a) toute activité de marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent [...] » ;

327 Outre les modifications apportées à la réglementation de la publicité comparative déjà existante, notamment par la restriction du champ d'application de la directive 2006/114/CE, à la protection des seuls professionnels⁸²⁷, la directive vient étendre la protection du consommateur face aux pratiques de publicité comparative nuisibles. En effet, la publicité comparative créatrice de confusion est englobée par toute activité de marketing concernant un produit créant une confusion. En outre, la protection se veut d'autant plus extensive qu'elle ne couvre pas seulement la confusion concernant un produit, mais aussi celle concernant, une marque, un nom commercial ou tout autre signe distinctif d'un concurrent.

825. « si elle est susceptible d'induire en erreur le consommateur en ce qui concerne un ou plusieurs des éléments suivants »

826. B. KEIRSBILCK, The new european law of unfair commercial practices and competition law, op. cit., 406.

827. Voir *supra*, n^{os} 287 sqq.

- 328** De plus, la directive vient ici protéger le consommateur contre une pratique déjà encadrée par le droit de la concurrence déloyale français qu'est l'imitation créatrice de confusion. La prise en compte de ce procédé n'est pas fortuite. En effet, comme l'exprimait YVES SERRA, « parmi tous les procédés déloyaux, l'imitation occupe une place de choix. Il s'agit du plus ancien et du plus fréquent, parce que peut-être le plus naturel »⁸²⁸. Déjà dans un contexte d'étude du droit de la concurrence, il était critiqué que tant la thèse faisant reposer la concurrence déloyale sur « un souci de faire respecter une certaine morale professionnelle » que celle qui lui trouvait son fondement dans la protection d'un droit opposable à tous, fondaient uniquement l'action en concurrence déloyale sur la protection du concurrent. D'aucuns affirmaient donc à juste titre que « les raisons d'être de l'action en concurrence déloyale ne se situent pas seulement aujourd'hui au niveau de la protection de certains concurrents, ni même de l'ensemble des concurrents, mais aussi dans le souci de prendre en considération l'intérêt des consommateurs, plus généralement, le bon fonctionnement du marché »⁸²⁹. Ainsi, cette association de la protection des consommateurs et de la concurrence déloyale montre à l'évidence, le caractère collectif de l'action en concurrence déloyale.
- 329** Il est ainsi difficile de laisser le régime de la confusion sous l'emprise du droit de la concurrence déloyale alors qu'ici une disposition européenne, d'harmonisation maximale, vient l'interdire. Une telle interdiction devrait en principe introduire la confusion dans le cadre du droit de la concurrence illégale tant traditionnellement le droit de la concurrence déloyale tend à s'appliquer lors d'absence de réglementation ou lors de déréglementation⁸³⁰.
- 330** Cela étant, une solution à la coexistence de ces deux droits régulateurs sur ce point serait d'accepter une combinaison de leurs intérêts, le droit issu de la directive serait donc source de droit pénal et donc de sanction pénale au profit du marché et de la société au sens général, alors que le droit de la concurrence déloyale, basé en France sur l'article encadrant la responsabilité pour faute viendrait ensuite protéger les victimes réelles de la pratique, à savoir le concurrent, mais aussi le consommateur. Cela supposerait un élargissement sensible de la théorie de la concurrence déloyale qui respecterait néanmoins les différentes propositions récentes d'évolution que sont d'une part, la prise en compte d'un caractère collectif du droit de la concurrence déloyale⁸³¹ et d'autre part, la dépénalisation du droit des affaires et plus particulièrement du droit de la consommation⁸³², n'ayant

828. Y. SERRA, « Concurrence déloyale », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2004.

829. Y. PICOD et al., « Concurrence déloyale », op. cit.

830. *Ibid.* §56 sqq.

831. Voir *supra*.

832. V. not. Rapport COULON « La dépénalisation de la vie des affaires » ; en ce sens, voir *infra*, introduction de la seconde partie, p. 300 sqq..

d'intérêt qu'en prenant en considération le caractère d'acteur socio-économique complet du consommateur⁸³³.

331 Cela étant, une différence vient principalement distinguer cette disposition de droit de la consommation de la structure du droit de la concurrence déloyale. En effet, au sein de cette dernière, l'imitation est incluse dans un champ plus large qu'est celui du parasitisme, or ce parasitisme se distingue lui-même en partie de la concurrence déloyale qui lors de sa décomposition, se scinde en deux parties, l'une constituée de la concurrence parasitaire au sens strict du terme, ce dernier venant se recouper largement avec la théorie générale de la concurrence déloyale, et l'autre, plus différente, constituée des agissements parasitaires, trouvant leur originalité dans l'absence de nécessité d'une situation de concurrence entre l'imitateur et l'imité. Or, si l'on devait rapprocher la disposition de la directive au régime de la concurrence déloyale française, celle-ci ignorerait les agissements parasitaires, car elle se fonde sur « toute activité de *marketing* concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent ». Il y a donc ici la présence d'une nécessité de démontrer que l'auteur de la pratique et le propriétaire du produit, de la marque ou de l'entreprise imité sont concurrents, il ne faudra donc pas que l'élément copié soit d'une trop grande banalité, et il sera nécessaire en outre que les produits ou acteurs se trouvent sur le même marché, ce qui impose de se référer aux règles permettant de qualifier deux produits ou entreprises comme se situant sur un marché identique.

332 Enfin, la prise en compte de ces agissements est d'autant plus cohérente que l'apparition de nouvelles techniques de communication et corollairement de nouveaux modes de commercialisation et notamment le média d'Internet ont mis en exergue une augmentation des moyens ou objets d'imitation ou de parasitisme.

À ce sujet, il aurait été intéressant que la directive vienne préciser le régime du nom de domaine permettant ainsi d'éviter une multiplication des jurisprudences et des divergences d'opinions doctrinales⁸³⁴. En effet, le nom de domaine n'est pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, mais est considéré comme un nouveau signe distinctif ce qui rend l'action en concurrence déloyale maîtresse de sa protection⁸³⁵. Ainsi, un nom de domaine simplement descriptif de l'activité exercée par son titulaire ne pourra pas être protégé⁸³⁶. Parallèlement, le nom de domaine peut être un média de contrefaçon, il ne

833. C. VASSILI et F. PICOD, « Consommateurs », Répertoire de droit communautaire, Dalloz, janvier 2012.

Voir *infra*, n°s 510 sqq..

834. Voir not. M. MALAURIE-VIGNAL, « Le dépôt d'un nom de domaine ne doit pas être constitutif d'une pratique déloyale », Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2006, comm. 26.

835. L. MARINO, « internet et concurrence déloyale », Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2007, étude 27 ;

VIVANT M., MALLET-POUJOL N. et BRUGUIÈRE J.-M., « Droit de l'internet », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 5, 2 février 2006, 1195.

836. CA Toulouse 28 avril 2010 : RLDI juin 2010, n° 2016 ; TARDIEU-GUIGUES, Attribution et contentieux des noms de domaine, JCl. Com. fasc. 805, n° 129.

s'agira pas ici de protéger le nom de domaine, mais l'utilisation d'une marque dans un de ces noms utilisés donc comme média de publicité⁸³⁷. C'est pourquoi, le législateur est intervenu et a disposé au sein du Code des postes et des communications électroniques que « l'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé lorsque le nom de domaine est :

- 1° Susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou à des droits garantis par la Constitution ou par la loi ;
- 2° Susceptible de porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle ou de la personnalité, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi ;
- 3° Identique ou apparenté à celui de la République française, d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales ou d'une institution ou service public national ou local, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi »⁸³⁸.

Il en est de même outre Atlantique, où notamment le législateur d'Oklahoma a interdit de créer une page ou un nom de domaine utilisant le nom d'une autre entreprise sans son autorisation⁸³⁹.

333 Dans ce même domaine de l'informatique, il est intéressant de relever que l'utilisation de *meta-tags* dans les codes sources d'un site pose encore des difficultés aux juges du fond quant à la qualification d'une action en contrefaçon⁸⁴⁰. Or, il semble que la présente disposition pourrait venir renforcer les propriétaires de signes distinctifs à l'encontre de leur usage au sein de *meta-tags*. Cette utilisation se rapproche en effet de la pratique ayant été sanctionnée par laquelle la société GOOGLE vendait des liens sponsorisés renvoyant, par l'utilisation d'un mot clé correspondant à la dénomination sociale d'une entreprise, les internautes consommateurs vers le site Internet de son concurrent. Les magistrats affirmaient en effet que cette pratique avait « nécessairement généré une confusion dans l'esprit de la clientèle potentielle considérée entre leurs sites respectifs »⁸⁴¹. La Cour d'appel

837. TGI Paris 16 octobre 2009 : RLDI janvier 2010, n° 1853 ; TGI Paris, 26 novembre 2009 : RLDI janvier 2010, n° 1852.

838. Art. L.45-2.

839. 15 Oklahoma Statutes, §776.10 : « *A person may not, with the intent to engage in conduct involving the fraudulent use or possession of the identifying information of a person :*

- 1. *Create a web page or Internet domain name that is represented as a legitimate online business without the authorization of the registered owner of the business ; and*
- 2. *Use that web page or a link to the web page, that domain name, or another site on the Internet to induce, request, or solicit another person to provide identifying information for a purpose that the other person believes is legitimate ».*

840. J. LARRIEU, « Un an de droit de la concurrence déloyale », *Propriété industrielle* n° 9, Septembre 2011, chron. 8.

841. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 mai 2011, *Google France c/ Cobrason, Home Ciné Solutions* : www.legalis.net.

Solution reprise par la suite par Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-17.200, *Sté Eptimum c/ Sté Kaspersky Lab France* : JurisData n° 2014-010966 ; Cass. Com., 20 janvier 2015, pourvoi n° 11-28567, www.legifrance.gouv.fr

de Paris avait donc considéré que la société SOLUTIONS était l'auteur d'une concurrence déloyale et au surplus que la société GOOGLE avait contribué techniquement à ces actes. Si la solution pouvait paraître satisfaisante et novatrice, comme l'ont relevé les Hauts magistrats lors d'un arrêt de cassation, le raisonnement était quelque peu rapide. En effet, d'une part, les juges du fond n'avaient pas recherché à qualifier la société Google qui se prévalait du statut d'hébergeur et non d'éditeur⁸⁴², d'autre part, ceux-ci n'avaient pas relevé de circonstances caractérisant suffisamment un risque de confusion, ou l'aspect trompeur ou de nature à induire en erreur de la publicité⁸⁴³. Il s'agissait alors ici de se rapprocher des précisions qui avaient été apportées par la CJUE⁸⁴⁴ qui, à propos du service *AdWords* de Google, affirmait pour droit que « les articles 5, paragraphe 1, sous a), de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques⁸⁴⁵, et 9, paragraphe 1, sous a), du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, doivent être interprétés en ce sens que le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un annonceur de faire, à partir d'un mot clé identique à ladite marque que cet annonceur a sans le consentement dudit titulaire sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, lorsque ladite publicité ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers ». Précisant ensuite que cet usage était caractérisé, même dans les cas où le signe n'apparaît pas dans l'annonce elle-même. En effet, selon la CJUE⁸⁴⁶, « le signe sélectionné par l'annonceur en tant que mot clé dans le cadre d'un service de référencement sur Internet est le moyen utilisé par lui pour déclencher l'affichage de son annonce et fait donc l'objet d'un usage « dans la vie des affaires » au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 89/104 ». Il revient alors aux juridictions nationales de vérifier si l'ensemble des conditions prévues par l'article 5 de la directive 2008/95/CE⁸⁴⁷ sont réunies et le cas échéant de sanctionner la pratique. Ainsi, soit, le signe sera identique et il s'agira aux magistrats de vérifier si son usage est susceptible

842. Voir *supra*, n°s 323.

843. Cass. Com, 29 janvier 2013, *Solutions / Google, Cobrason* : www.legalis.net.

844. CJUE, 23 mars 2010, Aff. jointes C-236/08 à C-238/08, *Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL contre Viaticum SA et Luteciel SARL* (C-237/08) et *Google France SARL contre Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL et autres* (C-238/08), demandes de décision préjudicielle : Cour de cassation/France, Rec. 2010 I-02417.

845. Abrogée et remplacée par la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, rapprochant les législations des États membres sur les marques.

846. CJUE, 25 mars 2010, Aff. C-278/08, *Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH contre Günther Guni et trekking.at Reisen GmbH*. Demande de décision préjudicielle : Oberster Gerichtshof/Autriche, Rec. 2010 I-02517. renvoyant aux affaires C-236/08 à C-238/08.

847. Directive 2008/95/CE, Article 5.1 : « La marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif. Le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage, dans la vie des affaires :

de porter atteinte aux fonctions de la marque. Étant précisé que dans un cas tel que celui de l'espèce faisant face à un référencement, les fonctions pertinentes seraient la fonction publicitaire d'une part à laquelle tant les affaires C-236/08 à C-238/08⁸⁴⁸ que l'affaire C-278/08⁸⁴⁹ ont considéré qu'il n'était pas porté atteinte par le système *Adword*⁸⁵⁰, et d'autre part la fonction d'origine, revenant à rechercher si l'annonce ne permet pas ou permet difficilement « à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif » de connaître l'origine du produit, ou si cette dernière suggère l'existence d'un lien économique avec la marque protégée. La similitude avec la version étendue du *passing off* est donc remarquable en l'espèce⁸⁵¹. En effet, outre la référence à la tromperie par usurpation du caractère identifiant, cette protection étend au même titre que le *passing off* cette usurpation aux faits de présentation fausse d'une association, ou de soutien.

Soit, le signe ne sera pas identique et dans ce dernier cas, il sera nécessaire de rechercher un risque de confusion notamment sur l'origine du produit ou service. Ce raisonnement a par ailleurs été suivi par la Cour de cassation qui, statuant sur une affaire de concurrence déloyale, affirmait que l'utilisation de mots clés correspondant aux marques, au nom commercial et à la dénomination sociale de sociétés concurrentes « ne présentait aucun caractère répréhensible et que les différentes annonces n'étaient pas illicites » et qu'ainsi, « les sociétés Google n'avaient commis aucun acte de démarchage ou de détournement de clientèle »⁸⁵².

- 334** Le raisonnement rejoint ici l'étude du caractère trompeur de l'activité constituant donc une pratique commerciale déloyale de l'entreprise utilisant les signes distinctifs d'un concurrent dans un service de *keyword advertising* vis-à-vis tant du consommateur que du concurrent loyal dans son exercice du commerce. Ce second aspect de la déloyauté d'une telle utilisation a en outre vu son application par les magistrats du fond français qui précisaient que le concurrent commet une faute si, averti par le propriétaire des signes

— a) d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée ;

— b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque et le signe, il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque. »

848. Point 98.

849. Point 34.

850. De la même manière, la Cour suprême de la Colombie britannique a, le 20 août 2015, considéré que l'utilisation d'une marque comme mot clé ne créait pas, à elle seule, une probabilité de confusion.

Vancouver Community College v. Vancouver Career College (Burnaby) Inc., 2015 BCSC 1470 (CanLII).

Elle reprend ainsi le raisonnement de la Cour fédérale canadienne qui considérait que, si l'emploi de signes distinctifs pouvait améliorer le classement du site de l'auteur de la pratique et influencer le consommateur à visiter le site, il fallait ensuite rechercher si le site pouvait engendrer une confusion quant aux liens pouvant exister entre le propriétaire du site et la marque dans l'esprit du consommateur.

Red Label Vacations Inc. (redtag.ca) v. 411 Travel Buys Limited, 2015 FC 19.

851. Voir en ce sens, n^{os} 432 sqq..

852. Cass. Com., 25 septembre 2012, 11-18.110, Inédit.

distinctifs d'un usage anormal de certains mots clés litigieux, il continue de les employer à son profit⁸⁵³.

335 Finalement, le droit d'Internet devra être assimilé au droit commun où le démarchage est possible et souhaité et où l'utilisation du nom du concurrent, que ce soit dans une communication ou par l'emploi de métadonnées ne sera interdit que si elle est déloyalement effectuée ; ce qui sera notamment le cas lorsqu'elle trompera le consommateur sur l'identité du propriétaire du site Internet⁸⁵⁴.

- b) le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors :
 - i) que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables,
 - et
 - ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code. »

336 La directive n'accorde qu'un rôle minime aux codes de conduite, il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 10 qui leur est consacré. Celui-ci est rédigé de manière négative et dispose qu'elle n'exclut pas le contrôle par des responsables de codes de conduite, cela étant, elle ne semble pas non plus l'encourager à un niveau autre que celui de leur élaboration et de leur utilisation en tant que rempart à un litige⁸⁵⁵, cela étant, elle dispose dans ce même article, *in fine*, que le recours à de tels organismes de contrôle ne vaudra en aucun cas renoncement aux voies judiciaires ou administratives.

337 Parallèlement aux pratiques commerciales trompeuses par action de l'article 6, la directive développe une réglementation des omissions trompeuses à travers son article 7. Cela étant, il est nécessaire de préciser qu'en réalité il n'y a pas de ligne claire de démarcation entre les actions et les omissions trompeuses. En effet, beaucoup de pratiques ne sont pas caractérisées par leur caractère faux, mais trompent le consommateur par une combinaison entre des informations données de manière insatisfaisante, et l'absence d'informations substantielles.

2 Les pratiques commerciales trompeuses au sens strict .

338 « Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère »⁸⁵⁶.

853. CA Paris, 19 mai 2010 : RLDI juin 2010, n° 2018.

854. Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-15.534, F-D, SAS Sogelink c/ SARL Sig-Image : JurisData n° 2013-009527, CCC 2013, comm. 182, obs. MALAURIE VIGNAL.

855. Dir. 2005/29/CE, considérant 20.

856. Dir. 2005/29/CE, art. 6.

Il s'agit ici d'encadrer l'information offerte au public lors de la commercialisation de produits. En effet, ces informations, pouvant être définies comme des faits objectifs pouvant être prouvés ou du moins pouvant être compris comme tels⁸⁵⁷, ne doivent pas être fausses.

Ainsi ne seront pas prises en compte les informations subjectives. En effet, considérer qu'un véhicule est le plus beau ne reviendrait pas à mentir, pour certains il le sera pour d'autre ne le sera pas, et de toute évidence la pratique commerciale en général et la publicité en particulier aura pour objectif de présenter le produit comme le meilleur. Il n'en sera pas de même, pour une même pratique venant présenter le véhicule comme le plus puissant ; en effet, cette donnée est objectivement vérifiable et pourra être considérée, le cas échéant comme trompeuse.

339 Cela étant, au même titre que pour toute autre tromperie, la difficulté apparaîtra pour le demandeur lorsqu'il aura comme charge de prouver que les informations sont fausses. Cela sera notamment le cas lorsque les informations porteront sur la personne du professionnel ou de son représentant. À ce titre, le législateur a introduit la disposition de l'article 12 conférant aux autorités judiciaires ou administratives la possibilité d'exiger que le professionnel fournisse la preuve de l'exactitude de ses allégations factuelles présentées lors de ses pratiques commerciales. De la même manière, ces autorités pourront considérer ces allégations comme inexactes si les preuves exigées ne sont pas apportées ou sont jugées insuffisantes. Lors de la proposition de directive, l'article 6,§1, contenait un point f qui déclarait la pratique commerciale trompeuse si elle contenait des allégations que le professionnel n'était pas en mesure de prouver. Cette disposition avait été amendée par le Parlement européen qui considérait qu'il fallait que ces allégations ne puissent pas être prouvées pour que la pratique soit trompeuse, il s'agissait ainsi d'alléger la charge de la preuve portée sur le professionnel en lui permettant de s'appuyer sur d'autres organismes pouvant prouver ses allégations⁸⁵⁸. Finalement, cette disposition a été retirée du texte final.

3 Les pratiques commerciales trompeuses par induction en erreur .

340 « Une pratique commerciale est réputée trompeuse si [...] d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes »⁸⁵⁹.

Ici, il n'y aura pas tromperie au sens strict du terme, mais le législateur tient à protéger le consommateur distrait, notamment par la présentation générale du produit, qui bien que non fausse en elle-même peut l'induire en erreur.

341 Ici donc, le mensonge n'est pas nécessaire. La Commission a pris en compte les résultats des

857. B. KEIRSBILCK, *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2011.

858. Parlement européen, 18 mars 2004, Projet de résolution législative (PE 338.449), amendement 37.

859. Dir. 2005/29/CE, art. 6.

études d'économie comportementale affirmant que le comportement du consommateur est tout aussi modifié par le contenu des informations que par leur présentation⁸⁶⁰. En d'autres termes, ce qui compte ici n'est pas l'exactitude ou la véracité des informations en elle-même, mais l'exactitude de ce qui est instillé dans l'esprit du consommateur, ou encore en d'autres termes la correspondance entre ce que peut attendre le consommateur du produit à la vue de la présentation qui en est faite, et la vérité offerte. Une pratique commerciale sera donc considérée comme déloyale ou trompeuse si elle a une capacité ou une tendance à tromper. Il s'agit alors de prendre en compte le risque et non le résultat⁸⁶¹. Ce qui se traduira en outre, par l'absence de nécessité d'un préjudice pour les consommateurs qui pourront n'être que susceptiblement trompés. La législation européenne rejoint alors ici l'application jurisprudentielle effectuée outre-Atlantique de la réglementation sur les pratiques déloyales⁸⁶².

342 Cela étant, se basant sur l'idée qu'une surinformation était créatrice de désinformation, l'association VEREIN GEGEN UNWESSEN IN HANDEL UND GEWERBE KÖLN E. V., avait soutenu dans l'affaire C-470/93⁸⁶³, à propos d'une promotion offrant 10% supplémentaire d'une barre chocolatée, qu'un bandeau mentionnant ce « 10% » occupant sur l'emballage une surface supérieure à 10% de la surface totale était trompeur et portait le consommateur à croire que l'augmentation était plus importante.

Cette affirmation avait été rejetée par la CJUE considérant que la mention de 10% était exacte en soi et que les consommateurs raisonnablement avisés étaient censés savoir qu'il n'y avait pas nécessairement de lien entre « la taille des mentions publicitaires relatives à une augmentation de la quantité du produit et l'importance de cette augmentation ».

343 Il s'agit donc d'une sanction du risque et non du résultat. La directive s'inscrivant donc dans la lignée de la jurisprudence de la CJUE précisant « [qu']aux fins de l'appréciation de la capacité d'une indication figurant sur une étiquette à induire en erreur, le juge national doit essentiellement se baser sur l'attente présumée, au regard de ladite indication, d'un consommateur moyen, normalement informé, et raisonnablement attentif et éclairé quant à l'origine, la provenance, la qualité liée à la denrée alimentaire, l'essentiel étant de ne pas induire le consommateur en erreur et de ne pas l'amener à considérer, de façon erronée, que le produit a une origine, une provenance ou une qualité différentes de ce qu'elles sont en réalité »⁸⁶⁴.

860. Commission européenne, 3 décembre 2009, document de travail des services de la commission, orientations pour la mise en œuvre et l'application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales, SEC(2009) 1666, § 2.4.2.

861. BARONA VILAR S., Competencia desleal : tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional : doctrina, legislación y jurisprudencia, Valencia : Tirant lo Blanch, 2008.

862. *State v. O'Neill Investigations, Inc.*, 609 P.2d 520 (Alaska 1980).

863. CJUE, 6 juillet 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. contre Mars GmbH*, Rec. 1995 I-01923.

864. CJUE, C-446/07, du 10 septembre 2009, *Alberto Severi contre Regione Emilia Romagna*, Rec. 2009 I-08041.

Enfin, quel que soit le mode de tromperie, la directive dresse une liste des éléments sur lesquels les informations trompeuses ou induisant en erreur doivent porter pour que la pratique commerciale soit considérée comme trompeuse.

B Les pratiques commerciales trompeuses par omission .

344 L'article 7 de la directive opère une distinction. En effet, après la prohibition générale des pratiques commerciales trompeuses par omission au sein de clauses générales pouvant être cernées par les points 1 et 2 (1), l'article 7, paragraphe 4, s'intéresse plus particulièrement aux informations absolument nécessaires lors d'invitations à l'achat (2). Enfin, le paragraphe 5 de ce même article donne aux informations prévues par le droit de l'Union européenne relatif aux communications commerciales (dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II de la directive) un caractère substantiel (3). Il y a alors ici, une réunion de l'obligation d'information et des dispositions relatives à la publicité, cette réunion viendra faire disparaître la confusion qu'opéraient les juges du fond français, sanctionnant l'une ou l'autre de ces violations sur le même fondement⁸⁶⁵.

1 Les clauses générales .

345 Alors que le premierement de l'article 7 vise les cas où l'information n'est pas transmise, en d'autres termes : l'omission d'information au sens strict, le deuxièmement couvre les cas où l'omission n'est pas entendue aussi strictement. Il s'agit en effet, outre la reprise du cas où l'intention commerciale de l'auteur de la pratique commerciale n'est pas indiquée⁸⁶⁶, de la prise en compte de la dissimulation, ou encore de la fourniture de façon peu claire, inintelligible, ambiguë, ou encore à contretemps d'informations nécessaires.

Concernant les informations ne devant pas être omises, celles-ci seront fonction d'une part du contexte et d'autre part des limites propres au moyen de communication utilisé. En effet, la directive revient de manière redondante sur ces conditions contextuelles. D'autre part, le troisième point de l'article 7 reprend la limitation de la prohibition des omissions en fonction du moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale.

346 En tout état de cause, ces informations devront être essentielles à la prise de décision du consommateur, c'est pourquoi le législateur parle d'information substantielle. Cela étant, la notion d'information substantielle n'est quant à elle pas définie, mais il est soutenable que les informations, listées par l'article 6.1 de la directive 2005/29/CE, dont la présentation pourrait engendrer une action trompeuse, puissent être considérées comme des informations substantielles dont l'omission serait, *a fortiori*, trompeuse.

347 En droit espagnol, les omissions trompeuses sont encadrées par l'article 7 de la loi de

865. Y. SERRA, « Concurrence déloyale », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2004.

concurrence déloyale⁸⁶⁷. Celui-ci considère comme déloyales l'omission, la dissimulation, ou la fourniture peu claire, inintelligible, ambiguë, ou à contretemps, des informations nécessaires pour que le consommateur puisse prendre une décision « relative à son comportement économique » en pleine connaissance de cause.

348 En droit français, cette notion d'information substantielle peut être assimilée à d'autres, existantes, tant en droit des obligations qu'en droit des personnes⁸⁶⁸. En effet, par exemple, l'article 180 du Code Civil, évoque à propos du mariage, les « qualités essentielles de la personne » et sanctionne l'erreur à leurs propos par la nullité de ce dernier. L'article 1110 du même Code régleme l'erreur sur la substance, erreur que la jurisprudence a transformée en erreur sur les qualités substantielles de la chose. Erreur qui elle aussi est sanctionnée par la nullité du contrat reposant sur cette chose. Cela étant, ces exemples ne viennent pas préciser de manière claire et certaine la notion d'information substantielle, d'autre part, si l'on vient se rattacher aux travaux parlementaires venant préparer les L111-1 et suivants du Code de la consommation réglementant cette matière ou encore L213-1 du même Code régissant la tromperie, le seul renseignement qui peut être tiré est que ce type d'information est celui qui permet au consommateur de conclure un contrat en toute connaissance de cause. Cette définition vient donc finalement rejoindre celle retenue par le droit européen.

349 En outre, il apparaît regrettable que l'amendement 46 du projet de résolution législative du Parlement européen n'ait pas été retenu⁸⁶⁹. En effet, une telle justification serait préférable pour le professionnel sans être nuisible au consommateur qui obtiendrait l'information qu'il désire au moment où celle-ci lui est nécessaire, cela éviterait en outre une surinformation du consommateur qui pourrait s'y perdre, au profit d'une information, rationalisée et limitée au contexte et au moyen de communication utilisé, pouvant être enrichie sur demande du consommateur. Ainsi, outre les cas où l'information serait qualifiée de substantielle de manière réglementaire ou légale, une analyse casuistique devra être effectuée pour accorder ou non le caractère substantiel à l'information. Bien sûr, une telle analyse n'est pas source de sécurité juridique, et donc à l'inverse est source de difficultés supplémentaires pour le professionnel, mais il est avant tout ici question de faire preuve de pragmatisme en mettant en relation la caractérisation de substantielle de l'information avec la nature du produit promulgué ou encore du média utilisé. En outre, cette difficulté sera partagée par le consommateur qui aura la charge de la preuve de la substantialité de l'information.

CA Versailles, réf., 14^e ch., 11 février 2009, RG n° 08/00113 : Comm. Com. Electr. 2009, comm. 89.

866. Voir not., nos 271 sqq. et 309.

867. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.

868. G. RAYMOND, « L'origine géographique d'un chiot est-elle une qualité substantielle ? », *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2012, comm.164 sous CA Montpellier, 22 mars 2012, *Ministère Public c/ R.T.*

869. Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu'un professionnel dissimule une information substantielle ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou tardive **ou ne la fournit pas après qu'elle a été demandée par le consommateur moyen**, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale.

350 Concernant la fourniture tardive d'information, il convient ici de soulever que la DGCCRF a récemment engagé des actions contre les services de comparaison de prix de vols sur Internet et de réservation de billets d'avion, considérant que le fait de ne préciser des frais divers qu'au dernier moment était constitutif d'une pratique trompeuse⁸⁷⁰. Il est vrai que la réservation d'un billet d'avion s'effectue par Internet en plusieurs étapes permettant d'ajouter des options parfois facultatives, mais parfois obligatoires. Cependant, le contrat n'est conclu qu'après une complète information, il semble dès lors critiquable de juger que l'information ait dans de tels cas été fournie à contretemps alors qu'elle l'est avant conclusion du contrat et que le consommateur peut toujours choisir de reprendre ses démarches chez un concurrent.

351 Enfin, cette omission trompeuse pourra être vue comme un pont dressé entre les réglementations traditionnelles de la publicité trompeuse et de la publicité comparative. C'est ainsi en effet, que certainement sous l'influence de la jurisprudence européenne, la Cour de cassation est venue rendre un arrêt de rejet sous le visa de l'article L.121-8, 3° du Code de la consommation réglementant la publicité comparative, en affirmant que lors d'une comparaison d'offre de location de véhicules identiques, pour une durée et un kilométrage identiques, la restriction rendant le service indisponible durant le samedi (faute d'agence de location ouverte), était suffisamment importante pour que son omission rende la publicité comparative illicite⁸⁷¹.

2 Les informations requises lors d'une invitation à l'achat .

352 Le paragraphe 4 de l'article 7 établit le statut particulier de l'information due lors d'une invitation à l'achat. À ce titre, une liste limitée des informations clés nécessaires au consommateur est définie par la directive. Ces informations ne devront donc pas être présentes lors de toute communication commerciale, mais uniquement lors d'une invitation à l'achat⁸⁷². En outre, ces informations sont considérées comme substantielles, « dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte ». Il sera donc nécessaire d'étudier de manière successive, le cadre restreint de l'invitation à l'achat (a), pour enfin étudier cette liste (b).

a Le cadre de l'invitation à l'achat .

353 L'article 2, point i de la directive définit l'invitation à l'achat comme « une communication

870. JCl. Actualités, 18 Février 2015, URL : <http://www.lexisnexis.fr/depeches/index2.jsp?depeche=18-02-2015/03#top>

JCl. Communication, synthèse 130

JCl. Commercial, synthèse 120

JCl. Concurrence - Consommation, synthèse 70

Sources : Min. économie, communiqué, 13 février 2014

871. G. RAYMOND, « Message publicitaire et objectivité de la comparaison », Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2008, comm. 263. Sous, Cass. Com., 1^{er} juillet 2008, n° M 07-15.839, F-D, *Société UCAR et a. c/ société ADA* : JurisData n° 2008-044709.

872. Directive 2005/29/CE, considérant 14.

commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat ». Malgré l'affirmation de la directive, selon laquelle ce concept est clairement défini⁸⁷³, il apparaît en réalité que celui-ci n'est pas clair, cela étant, de manière téléologique il est possible de considérer qu'il s'agit ici de distinguer la situation de l'invitation à l'achat des autres types de communications commerciales telles que les campagnes de publicité pour un produit ou une marque⁸⁷⁴. Ici encore, l'amendement du Parlement européen semblait éclairer davantage la notion d'invitation à l'achat⁸⁷⁵. En effet celui-ci la définissait comme « une communication commerciale indiquant les principales caractéristiques du produit et son prix de la façon la plus appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale **et donnant ainsi la possibilité au consommateur d'acheter le produit auprès du professionnel ou de son agent** ». Une telle définition permettait de « distinguer la situation où le consommateur a réellement la possibilité d'acheter et celle où il y a commercialisation ou publicité pour un produit, lorsqu'un prix est cité, mais que le professionnel n'a pas l'intention de solliciter une commande ou une vente directe ». Ainsi, une communication commerciale indiquant les principales caractéristiques du produit, ainsi que son prix, ne serait pas considérée en elle-même comme une invitation à l'achat, à moins que cette dernière offre au consommateur la possibilité d'effectuer l'achat. En effet, toutes les pratiques commerciales permettent au consommateur de faire l'achat, mais elles ne lui en donnent pas toutes la possibilité. Il semble donc, pour une plus grande cohérence de cette distinction que l'interprétation de la définition du concept d'invitation à l'achat doit être stricte. Cela étant, cette position n'est pas celle qui a été retenue par la Cour de justice. En effet, s'attachant à une interprétation littérale, elle relève que « l'expression permettant ainsi au consommateur de faire un achat doit être analysée non pas comme emportant une condition supplémentaire nécessaire à la qualification d'invitation à l'achat, mais comme indiquant la finalité des exigences établies à l'égard des caractéristiques et du prix du produit afin que le consommateur dispose des informations suffisantes pour lui permettre de faire un achat »⁸⁷⁶, et qu'il en résulte que « pour qu'une communication commerciale puisse être qualifiée d'invitation à l'achat, il n'est pas nécessaire qu'elle comporte un moyen concret d'achat ou qu'elle apparaisse à proximité ou à l'occasion d'un tel moyen »⁸⁷⁷. La poursuite de l'objectif d'une offre d'un niveau élevé de protection du consommateur, se trouve donc favorisée au détriment d'une part, des entreprises se trouvant soumises à des conditions supplémentaires de légalité sans réelles justifications, et d'autre part de la cohésion du texte qui

873. *Ibid.*

874. Proposition initiale de directive du Parlement européen et du Conseil, 18 juin 2003, COM (2003) 356 final, § 64.

875. Parlement Européen, 18 mars 2004, FINAL A5-0188/2004, amendement 22.

876. CJUE, 12 mai 2011, Aff. C-122/10, *Konsumentombudsmannen contre Ving Sverige AB*, Demande de décision préjudicielle : Marknadsdomstolen/Suède, Rec. 2011 I-03903, point 30. Dalloz actualité, 29 juin 2011, obs. CONSTANTIN ; JCP E 2011, n° 1392 ; CCC 2011, n° 205, obs. RAYMOND ; RJDA 2011, n° 848 ; Europe 2011, n° 266, obs. MEISTER ; RLDA juillet-août 2011. 62, obs. MATHONNIÈRE.

877. CJUE, 12 mai 2011, Aff. C-122/10, *Konsumentombudsmannen contre Ving Sverige AB*, Demande de décision préjudicielle : Marknadsdomstolen, Suède, Rec. 2011 I-03903, point 32.

selon une telle interprétation ne permet pas de distinction claire entre la situation normale de communication commerciale et celle où l'entreprise inviterait le consommateur à un achat.

Enfin, il est nécessaire de préciser que les informations ne devant pas être omises en cas d'invitation à l'achat ne devront être fournies que si ces informations ne ressortent pas déjà du contexte. *A contrario*, si les informations ressortent déjà du contexte, il ne sera pas nécessaire pour le professionnel de produire un effort supplémentaire afin de les fournir au consommateur.

b La liste d'informations .

354 La liste des informations nécessaires est relativement large et englobe la plupart des informations essentielles au consommateur pour prendre une décision commerciale en pleine connaissance de cause. Ces informations étaient déjà dues dans certains types de contrats tels que les contrats de vente à distance, mais cette disposition vient rendre la fourniture de ces informations obligatoire, et ce, de manière préalable à tout type de contrat. Seront ainsi considérées comme substantielles :

- a) les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné ;

355 Contrairement à l'article 6.1.b, l'article 7.4.a ne dresse pas une liste, même non exhaustive, des caractéristiques principales du produit. En outre, les caractéristiques principales doivent être données « dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné ». Ainsi les différentes informations sur les caractéristiques principales ne seront pas données de manière uniforme quel que soit le produit ou quel que soit le média de communication. Notamment, il a été jugé qu'une représentation verbale ou visuelle permettait de remplir la condition relative à l'indication des caractéristiques du produit, et ce, même dans l'hypothèse où le produit serait offert en plusieurs variantes ⁸⁷⁸.

- b) l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit ;

356 Il s'agit ici en réalité de renseigner le consommateur sur le professionnel avec lequel il peut s'engager.

- c) le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé ⁸⁷⁹,

878. CJUE 12 mai 2011 : préc.

879. CJUE 12 mai 2011 : préc. : « la seule indication d'un prix de départ dans une invitation à l'achat ne saurait être considérée, per se, comme constitutive d'une omission trompeuse. Il revient à la juridiction de renvoi de déterminer si l'indication d'un prix de départ suffit pour que les exigences concernant la mention d'un prix, telles qu'établies à ladite disposition, soient considérées comme remplies. Cette juridiction devra notamment vé-

ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur ;

- 357** Bien sûr, le prix du produit constitue une information substantielle pour le consommateur invité à l'achat. En principe, le prix total doit être indiqué, cela étant lorsque le prix ne peut pas « raisonnablement » être calculé à l'avance, le professionnel doit faire mention de la manière dont le prix sera calculé, et le cas échéant, des coûts pouvant être mis à la charge du consommateur. Une difficulté particulière se posera lors de la vente de produits composites tels que celle d'ordinateurs. Pour qu'un consommateur puisse faire son choix de manière libre et éclairée, il est apparu à certains nécessaire que lors de telles ventes le prix soit ventilé entre les différents composants de l'ordinateur. C'est ainsi que la Cour d'appel de Versailles a sanctionné la vente par un constructeur de matériels informatiques, sur son site ouvert aux particuliers, d'ordinateurs avec des logiciels préinstallés, car la ventilation du prix entre les différents composants n'était pas indiquée, et d'autre part, car le site n'offrait pas la possibilité de renoncer, avec une déduction de prix, à la licence des programmes. Considérant enfin qu'une telle pratique était susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen et était donc déloyale au sens de la directive⁸⁸⁰. Ces décisions montrent dès lors qu'il ne s'agit pas d'utiliser la directive pour imposer une méthode de vente, mais bien pour interdire la déloyauté dans les pratiques. Autrement dit, la vente d'ordinateurs équipés de logiciels ne sera interdite que lorsqu'elle sera déloyalement opérée, et en aucun cas, il ne reviendra aux magistrats d'imposer une commercialisation d'ordinateurs « nus », mais les profes-

rier si l'omission des modalités de calcul du prix final n'empêche pas le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, ne l'amène pas à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Il lui incombe également de prendre en considération les limites inhérentes au support de communication utilisé, la nature et les caractéristiques du produit ainsi que les autres mesures que le professionnel a effectivement prises pour mettre des informations à la disposition du consommateur ».

880. CA Versailles, 5 mai 2011 : D. 2011. Pan. 2968, obs. PICOD ; JCP 2011, n° 1081, note STOFFEL-MUNCK ; CCC 2011, n° 203, obs. RAYMOND ; CCE 2011. Étude 21, par STOFFEL-MUNCK ; Gaz. Pal. 2011. 2929 ; RJDA 2011, n° 968.

Décision censurée par la Cour de cassation qui considère que la Cour d'appel n'a pas démontré que la vente litigieuse présentait le caractère d'une pratique commerciale déloyale, et ce d'autant plus qu'elle avait constaté que le site précisait que le consommateur pouvait s'orienter vers la partie réservée aux professionnels afin d'obtenir un ordinateur « nu », mais que l'installation du système d'exploitation étant délicate⁸⁸¹, il n'en garantissait pas la réussite. Cass. Civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : Bull. civ. I, n° 170 ; D. 2012. Chron. C. cass. 2051, obs. CRETON ; *ibid.* Pan. 2354, obs. LE STANC ; *ibid.* Actu. 1951, obs. DELPECH ; RTD com. 2012. 835, obs. BOULOC ; JCP E 2012, n° 1531, note BAZIN ; CCC 2012, n° 268, obs. RAYMOND ; CCE 2012, n° 111, obs. LOISEAU ; LPA 15-17 août 2012, note LEGRAND ; Gaz. Pal. 2012. 2155, avis PETIT, note POISSONNIER ; *ibid.* 2799, obs. PIEDELIÈVRE ; RJDA 2012, n° 903 ; RLDA nov. 2012. 34, note BASCOULERGUE ; RDLC 2012, n° 4, p. 104, obs. MESA.

Décision suivie par la Cour d'appel devant laquelle était renvoyée l'affaire : CA Paris, 5 juin 2014, *UFC Que Choisir c/ SAS Hewlett Packard France* : JurisData n° 2014-017355, CCC 2014, n° 285 obs. RAYMOND.

De la même manière, cette même chambre a récemment cassé une décision de la Juridiction de proximité d'Aix en Provence qui qualifiait une telle pratique de déloyale sans constater l'impossibilité pour l'acheteur de se procurer l'ordinateur « nu ».

Cass. Civ. 1^{re}, 5 février 2014, n° 12-25.748 (n° 117 F-P+B+I).

sionnels devront informer les consommateurs d'une telle possibilité, et ce même si ces derniers ne l'offrent pas⁸⁸².

En tout état de cause, la Cour de Justice de l'Union européenne a été appelée en renfort des juges nationaux et il conviendra de surveiller sa décision quant aux trois questions qui lui ont été soumises par la Cour de cassation. Cela permettra d'être fixé quant à la déloyauté ou non constituée par l'absence de ventilation du prix ; par l'absence d'alternative à la vente liée d'un ordinateur et des logiciels y étant installés ; ou par l'impossibilité de se procurer auprès du même fabricant un ordinateur non équipé de logiciels⁸⁸³.

358 Cette question se pose avec d'autant plus de force en droit américain que le traitement des ventes de ces produits dépendra de leur classement parmi les biens ou non⁸⁸⁴. En effet, l'article 2 de l'*Uniform Commercial Code* (UCC) n'encadre que les transactions portant sur les biens⁸⁸⁵. Or, les biens sont définis comme « toutes les choses (y compris les produits spécialement manufacturés) qui sont mobiles au moment de l'identification pour la vente », en outre sont expressément exclus l'argent, les titres de placement, et les choses en action. Ainsi, l'article 2 est entièrement basé sur la chose qui n'est par ailleurs pas définie par l'UCC, il faut donc se tourner vers la jurisprudence pour comprendre d'une part que les Cours distinguent les biens de ce qui ne l'est pas⁸⁸⁶, et d'autre part, que ce qui est intangible n'est pas un bien⁸⁸⁷. En réalité, ce qui explique cette exclusion, c'est que pour la *common law*, seul ce qui peut faire l'objet d'un vol ou d'une livraison sera entendu comme un bien⁸⁸⁸.

359 Or, l'ordinateur pré-équipé de logiciels se trouve être comme son nom l'indique, un produit composé notamment du matériel (l'ordinateur tel qu'on peut le toucher, plus souvent appelé *hardware*), et du logiciel (ce qui permettra à l'ordinateur d'effectuer les tâches demandées, autrement nommé *software*). *A priori*, le programme est informatique, mais il peut être concrétisé en un média physique tel qu'un CD ou un DVD. Ainsi, le programme,

882. Cass. Civ. 1^{re}, 4 juin 2014, Florian K. c/ Sté Dell n° 13-16.733, F-D : JurisData n° 2014-012260, CCC 2014, obs. 234, RAYMOND.

883. Cass. Civ. 1^{re}, 17 juin 2015, 14-11.437, Publié au bulletin.

884. HOROVITZ B.L., « Computer software as a good under the uniform commercial code : Taking a byte out of the intangibility myth. », Boston University Law Review, vol. 65, n° 129, janvier 1985.

885. UCC § 2-102 ("Unless the context otherwise requires, this Article applies to transactions in goods...").

886. Pour une distinction entre *good* et *non-goods* : voir *Foster v. Colorado Radio Corp.*, 381 F.2d 222 (10th Cir. 1967) (un élément attractif de clientèle tel qu'une licence n'est pas un bien) ;

Miller v. Belk, 23 N.C. App. 1, 207 S.E.2d 792 (1974) (idem) ;

Peterson v. Wildcat Mountain Management Corp., 3 U.C.C. REP. SERV. (Callaghan) 1127 (1982) (la vente d'un ticket de remonté mécanique ne porte pas sur un bien)

887. *Zamore v. Whitten*, 395 A.2d 435 (Maine 1978) : *A contrario*, une action étant tangible peut être considérée comme un bien, mais comme sont expressément exclus les choses en mouvement, celle-ci n'est pas acceptée en tant que tel.

888. *Fowler v. New York Gold Exch. Bank*, 67 N.Y. 138 (1876) ;

Colonial Bank v. Whinney, 11 App. Cas. 426, 439 (1886) ;

Humble v. Mitchell, 113 Eng. Rep. 392, 394 (1839).

et plus généralement le *software*, sera à la fois tangible et intangible, mais l'essence de celui-ci est intangible d'autant plus qu'il pourra être vendu sans support vecteur de tangibilité.

360 L'un des impacts les plus importants de l'application ou non de l'UCC se retrouve dans le champ des garanties implicites. En effet, alors que l'UCC reconnaît ces dernières, traditionnellement la *common law* ne les reconnaît pas⁸⁸⁹, ce qui impose le recours à la seule garantie expresse.

L'alternative se trouve alors lorsque le vendeur vend en lot un ordinateur muni de logiciels, il semble dans ce cas que les deux éléments soient compris comme un ensemble. En effet, dans un tel cas⁸⁹⁰, la division de Miami de la Cour fédérale du district sud de Floride, après avoir rappelé que la garantie implicite ne s'applique pas aux services, a permis une indemnisation du fait que le vendeur avait failli dans l'exécution de sa promesse de fournir un système qui fonctionne. Or, il ne s'agit pas réellement d'une application de la garantie implicite au *software* mais d'une indemnisation pour non-livraison d'un produit conforme à la description. Le régime des *software* reste alors soumis au régime des services ou *non-goods*.

Cette difficulté récurrente laisse à penser que le plus simple serait, *a priori*, de considérer les programmes comme des biens au même titre que les livres, les disques et autres cassettes. Mais la garantie dans ces cas concerne le média et il est possible de protéger le média du programme par l'application de l'UCC, la difficulté est quant au programme lui-même, au même titre que l'UCC ne permet pas à l'acheteur de se plaindre contre le vendeur d'un disque si l'artiste a fait une fausse note, celle-ci n'est pas garantie dans le programme.

— d) les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle ;

361 Ainsi, ces informations ne sont nécessaires que si elles diffèrent des conditions « standards » de la diligence professionnelle.

— e) pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit.

362 Ces deux droits sont primordiaux pour le consommateur, ainsi, ils viennent réparer, *a posteriori*, la tromperie du consommateur, il est donc primordial que celui-ci les connaisse. En effet, le consommateur qui aurait notamment été trompé par une pratique commerciale

889. *Milau Assoc., Inc. v. North Ave. Dev. Corp.*, 42 N.Y.2d 482, 488, 368 N.E.2d 1247, 1251, 398 N.Y.S.2d 882, 885-86 (1977) ;

Nitrin, Inc. v. Bethlehem Steel Corp., 35 Ill. App. 3d 577, 342 N.E.2d 65 (1976) ;

Busch v. United Aluminum Metal Prods. Corp., 8 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 335 (N.Y. Sup. Ct. 1970).

890. *Sanitary Linen Serv. Co. v. Alexander Proudfoot Co.*, 304 F. Supp. 339 (S.D. Fla. 1969), aff'd, 435 F.2d 292 (5th Cir. 1970)

pourrait dans certains cas, profiter de son droit de rétractation et ainsi ne plus subir les effets de la pratique commerciale⁸⁹¹. C'est à ce titre que le Parlement européen souhaitait incorporer à cette disposition le droit d'échange et de remboursement⁸⁹². Le Parlement souhaitait ajouter en outre une référence à la composition exacte des denrées alimentaires, sur la garantie et les conditions d'utilisation du service après-vente, ou encore sur l'adhésion du professionnel à un Code de conduite⁸⁹³. Cela étant, ces amendements n'ont pas été retenus, et il faut en outre préciser que ces informations peuvent être considérées comme incluses par les caractéristiques principales du produit, ou par les informations relatives au professionnel.

363 Finalement, la liste des éléments énumérés dans cet article est une liste exhaustive, cela n'était pas la position du Parlement européen qui considérait que l'exhaustivité pouvait alourdir le message publicitaire. Tout dépend en réalité ici de ce qui est retenu comme définition de l'invitation à l'achat, et en effet, selon la définition qui a été présentement retenue, il est tout à fait possible que toutes les informations soient disponibles lors de ladite invitation. En effet, mises à part les émissions de téléshopping, il semble difficile de trouver une invitation à l'achat qui se passerait par le biais de médias particulièrement sensibles quant à la possibilité de diffusion d'information que sont la télévision et la radio. Reste alors à se demander si ces dispositions de l'article 7, paragraphe 4 doivent être appréciées de manière distincte ou en corrélation avec les dispositions précédentes. Il semble que le paragraphe 4 vient préciser le régime de l'omission trompeuse en situation d'invitation à l'achat. Cependant, à l'image des poupées russes, l'invitation à l'achat est avant tout une pratique commerciale pouvant être considérée comme trompeuse par omission. Il apparaît donc que ces dispositions devraient être lues au regard des dispositions précédentes et notamment du paragraphe trois venant limiter les informations lorsque le moyen utilisé lors de la communication commerciale impose des limites d'espace et de temps. En l'absence de lecture combinée, l'exhaustivité ne posera en réalité que les difficultés liées à son caractère impératif et minimum, et non aux limites qu'elle impose. Une telle lecture viendrait mettre la directive en accord avec les différents amendements proposés par le Parlement européen à ce sujet. Cela étant, il peut être relevé à l'encontre de cette lecture le fait que l'article 7, paragraphe 4, point a, précise que sont considérées comme substantielles les caractéristiques principales du produit « eu égard au moyen de communication utilisé ». Or, une telle précision ne serait pas utile si la lecture combinée du paragraphe 4 avec les dispositions précédentes était acquise.

3 Les informations prévues par le droit européen

364 L'annexe II de la directive contient une liste non exhaustive des dispositions européennes

891. Pour un développement au sujet de la rétractation, voir *infra*, n^{os} 642 sqq..

892. Parlement européen, 18 mars 2004, FINAL A5-0188/2004, amendement 50.

893. Parlement européen, 18 mars 2004, FINAL A5-0188/2004, amendements 51 à 53.

établissant des règles en matière de publicité et de communication commerciale. Il s'agit en grande partie de dispositions d'harmonisation minimales et il est donc possible que les États membres aient introduit des obligations supplémentaires d'information. Cela étant, alors que la directive ne vient pas limiter le droit offert aux États membres de maintenir ou d'instaurer des prescriptions en matière d'information liée au droit des contrats ou ayant des implications en matière de droit des contrats sur la base du droit de l'Union européenne préexistant, elle précise que seules seront considérées comme des informations substantielles celles prévues dans les clauses minimales du droit européen⁸⁹⁴. Ce considérant vient donc expliquer l'article 3, paragraphe 2, selon lequel « la présente directive s'applique sans préjudice du droit des contrats ».

365 Il en ressort d'une part que les États membres pourront continuer à édicter et imposer des règles plus strictes que celles prévues par les dispositions d'harmonisation minimale concernant le droit des contrats figurant notamment à l'annexe II, d'autre part que ces dispositions plus strictes ne pourront pas être considérées comme des informations substantielles, dont l'omission serait trompeuse au regard de la présente directive, et enfin que pour maintenir le caractère d'harmonisation maximale de cette dernière, les États membres ne pourront pas édicter de règles plus strictes que celles y figurant.

366 Concernant la relation entre ce cinquième paragraphe et le reste de l'article 7, il semble que ces informations doivent être considérées comme substantielles en tout état de cause, c'est-à-dire, quelle que soit la situation. Il s'agit ici de rappeler que malgré une édicte de règles relatives à l'information, la directive n'en oublie pas pour autant les dispositions précédemment édictées par le droit de l'Union européenne protégeant le consommateur. À ce titre, les amendements 56 et 57 du Parlement européen étaient plus évocateurs de cette sensibilité. En effet, ceux-ci remplaçaient la disposition du cinquièmement⁸⁹⁵, par la disposition suivante : « Les professionnels qui respectent dûment les obligations d'information susmentionnées en matière d'information sont présumés ne pas omettre les informations substantielles nécessaires au consommateur moyen pour prendre sa décision en connaissance de cause ».

894. Dir. 2005/29/CE, considérant 15 : « Lorsque la législation communautaire fixe des prescriptions en matière d'information applicables à la publicité, à la communication commerciale et au marketing, les informations en question sont réputées substantielles au sens de la présente directive. Les États membres auront la faculté de maintenir ou d'instaurer des prescriptions en matière d'information liée au droit des contrats ou ayant des implications en matière de droit des contrats lorsque cette possibilité est prévue par les clauses minimales comprises dans les instruments de droit communautaire existants. On trouvera à l'annexe II une liste non exhaustive de ce type de prescriptions en matière d'information telles qu'elles figurent dans l'acquis. Étant donné que la présente directive vise à procéder à une harmonisation totale, seules les informations exigées en vertu de la législation communautaire sont considérées comme étant substantielles aux fins de son article 7, paragraphe 5. Si les États membres ont introduit des prescriptions en matière d'information au-delà ou en sus de ce qui est spécifié par la législation communautaire, en vertu des clauses minimales, le non-respect de ces prescriptions ne sera pas considéré comme une omission trompeuse au sens de la présente directive. Par contre, les États membres auront la faculté, lorsque les clauses minimales comprises dans la législation communautaire le permettent, de maintenir ou d'instaurer des dispositions plus strictes, conformes à la législation communautaire, pour assurer un niveau plus élevé de protection des droits contractuels individuels des consommateurs ».

895. Alors rédigé comme suit : « L'annexe 2 présente une liste non exhaustive de dispositions communautaires créant des obligations d'information en matière de communications commerciales, de publicité ou de marketing ».

§2 L'approche de la *common law*.

367 Il convient de préciser de manière préliminaire que le marketing trompeur sera sanctionné sous la théorie de la concurrence déloyale. En ce sens, l'ALI affirme en la section deux du *Restatement* relatif à cette matière que lorsque l'auteur, par sa pratique commerciale trompeuse, aura, ou aura été susceptible de tromper un consommateur au détriment d'un concurrent, il sera sujet à responsabilité envers ce dernier ⁸⁹⁶.

Or, une pratique trompeuse sera au détriment d'un concurrent lorsqu'il y aura des bases raisonnables permettant de penser que la représentation opérée par l'auteur a causé ou est susceptible de causer une diversion de clientèle ou de porter atteinte à sa réputation ou son élément attractif de clientèle ⁸⁹⁷.

En outre, trois types d'*economic torts* peuvent être considérés comme sanctionnant des comportements trompeurs, il s'agira tout d'abord du *tort of deceit* (I), ensuite du *malicious falsehood* (II), et enfin du *passing off* (III).

I Le *Tort of deceit* .

368 Il s'agit de la version primaire du mensonge ou de la tromperie, sa première apparition fut dans l'arrêt *Pasley v. Freeman* dans lequel le défendeur avait faussement annoncé qu'un tiers auquel le demandeur voulait vendre des biens était solvable. Un tel mensonge engageait la responsabilité du défendeur pour *deceit*, et ce, même si le demandeur et le tiers n'avaient pas contracté. En effet, ce qui était avant tout sanctionné ici était la malhonnêteté du défendeur. Cela étant, il aurait été possible de statuer sur les délits de fraude ou de fausse présentation, mais ce fut le délit de *deceit* qui fut appliqué. Ce dernier peut être résumé comme « un mensonge dit avec l'intention qu'il soit suivi par la victime et qui *in fine* lui cause un dommage » ⁸⁹⁸.

369 Cela étant, ce *tort* a un rôle limité contre les tromperies commerciales, cela s'explique par des raisons de politique selon lesquelles « les accusations de fraude ne doivent pas être prises ou considérées à la légère » ⁸⁹⁹, ce qui entraîne un refus de protection contre les allégations générales de fraude ⁹⁰⁰. En outre, le principe est que seule la personne qui a été trompée puisse agir. Refermant donc ce délit dans une relation bipartite ⁹⁰¹. Cela étant, lorsque le tiers est trompé au détriment financier du demandeur celui-ci pourra agir. De plus, comme classiquement le *deceit* n'impose pas d'intention de nuire, mais simplement qu'il soit suivi ⁹⁰², ainsi, le concurrent loyal pourra agir contre le concurrent déloyal du fait de l'utilisation du délit de *deceit* contre le

⁸⁹⁶. *Restatement Third, Unfair Competition*, §2.

⁸⁹⁷. *Ibid*, §3.

⁸⁹⁸. *Lagridge v. Levy* [1837] 2 M&W 529.

⁸⁹⁹. *Mason v. Clarke* [1955] A.C. 778.

⁹⁰⁰. *Amalgamated Metal Trading v. DTI*, *The Times*, 21 mars 1989.

⁹⁰¹. HEYDON J.D., *Economic torts*, 2d ed, London : Sweet & Maxwell, 1978 (Modern legal studies).

⁹⁰². [1908] 1 Ch. 335.

consommateur. La seule condition supplémentaire demandée dans une telle situation sera que le demandeur prouve son préjudice.

- 370** Ce *tort of deceit* peut se retrouver dans tous les moments de la vie (A), cependant, il se retrouve d'autant plus que les parties seront en pourparler avant la conclusion d'un contrat (B). Il convient donc que les cas de tromperies effectuées lors de promesses précontractuelles ou *in contrahendo* soient, d'une part prises en compte et d'autre part bénéficient d'un régime spécial du fait du moment auquel elles seront subies.

A Le *deceit* classique .

- 371** Traditionnellement, il est considéré qu'il y a *deceit* :

1. lorsqu'une personne fait une déclaration à une autre qui est fausse ;
2. et en laquelle, la personne faisant la déclaration ne croit pas, soit sachant qu'elle est fausse, ou en ignorant si elle est vraie ou fausse ;
3. à laquelle le déclarant souhaite que la confiance du public, normalement sensé et prudent, soit accordée ⁹⁰³.

Celui-ci requiert donc une représentation, laquelle serait fausse, faite de manière malhonnête, dans le but d'être suivi et qui en fait a été suivie ⁹⁰⁴. Bien sûr comme dans tous les *economic tort* il est nécessaire qu'un dommage, point principal de l'action, soit prouvé ⁹⁰⁵.

Ces mêmes éléments ont été rappelés par le *Restatement, Second, Torts* §525, selon lequel « une personne qui frauduleusement présente faussement des faits, une opinion, une intention, ou le droit dans le but d'induire une autre à agir ou s'abstenir d'une action selon la déclaration, est sujette à une responsabilité envers l'autre pour tromperie, pour les pertes patrimoniales qui lui ont été causées par sa confiance légitime à propos de la déclaration fausse » ⁹⁰⁶.

- 372** Il est à ce titre nécessaire de préciser que la prise en compte de l'opinion ne fait pas l'unanimité lors des applications de ce tort, par exemple, en Californie, traditionnellement, la présentation fausse doit porter sur un fait, les opinions fausses ne sont pas actionnables, à moins que

903. « Where one person makes a statement to another which is untrue ; and which the person making it does not believe to be true, whether knowing it to be untrue, or being ignorant whether it is true or not ; and which the person making it intends or expects to be acted upon, in a certain manner by the person to whom it is made, or with ordinary sense and prudence would expect it to be so acted upon ; and in reliance on which the person to whom it is made does act in that manner to his own harm ; then the person making the statement is said to deceive the person to whom it is made. » Sir Frederick Pollock's Draft of a Civil Wrongs Bill for India, sect. 40 ;

Taylor v. Commercial Bank, 174 NY 181, 185, 66 N.E. 726, 95 Am.St.R. 564 (1903).

904. [2006] E.W.C.A. Civ. 1601 ;

[2007] 1 Lloyd's Rep 555.

905. *Bradford Building Society v. Borders* [1941] 2 All ER 205 ;

Renault UK Ltd. v. Fleetpro Technical Services [2007] E.W.H.C. 2541 (QB), [2008] Bus L.R. D17.

906. « One who fraudulently makes a misrepresentation of fact, opinion, intention or law for the purpose of inducing another to act or refrain from action in reliance upon it, is subject to liability to the other in deceit for pecuniary loss caused to him by his justifiable reliance upon the misrepresentation. »

ces dernières soient données par un « expert » dont la position d'autorité et de confiance justifie le fait que la victime lui ait accordé la sienne⁹⁰⁷.

1 Une déclaration fausse .

373 Concernant la fausse déclaration, celle-ci peut être exprimée ou sous-entendue⁹⁰⁸, même un comportement peut être suffisant⁹⁰⁹, enfin la réticence dolosive est acceptée⁹¹⁰.

Pourtant, d'aucuns considèrent que le fait que le *tort* repose sur la notion de déclaration devrait exclure l'omission⁹¹¹.

Ainsi, selon cet auteur, sous les règles issues de la *common law* reprises par Hong Kong, et sous la *Trade Description Ordinance* (TDO), plus spécifique à la région administrative, les demi-vérités ou les déclarations littéralement vraies, mais qui peuvent parvenir à une présentation fausse sont prises en compte⁹¹² ; mais la protection n'est pas aussi étendue que la directive européenne ou que le *Trade Practices Act* Australien (TPA) de 1974 qui par sa section 52 responsabilisent les auteurs d'omissions trompeuses.

Cela étant, cette définition de la déclaration est extrêmement large et permet de prendre en compte une multitude de pratiques étant donné que seules les exagérations ne sont pas prises en compte⁹¹³. Mais cette exagération ne doit cependant pas être présentée de manière réaliste, ainsi un constructeur qui présentait des capacités extraordinaires d'un de ses véhicules à travers une vidéo semblant être de source amatrice est considéré comme agissant de manière trompeuse⁹¹⁴.

En outre, le simple silence est en principe exclu de la protection contre le *deceit*, mais il peut arriver que les relations préexistantes, entre les parties obligent les parties à s'exprimer sans quoi la *fraud* serait constituée⁹¹⁵. De la même manière, le Delaware, le Kansas, ou encore le Missouri

907. Business Torts 2011 A Fifty State Guide., [s.l.] : Aspen Pub, 2010, p.73.

908. *R. v. Barnard* [1837] 7 C&P 784 ;

Spice Girls Ltd v. Aprilia World Service BV [2002] E.W.C.A. Civ 15, [2002] E.M.L.R. 27.

909. Restatement, Second, Torts, §525b. ;

Walter v. Morgan [1861] 3 D F&J 718.

910. *Wife v. Cullen & Partners*, The Times, 15 novembre 1993, CA ;

Bradford Building Society v. Borders [1941] 2 All ER 205 ;

Hamble Fisheries Ltd. v. L Gardner & Sons Ltd [1999] 2 Lloyd's Rep. 1 ;

Restatement, Second, Torts, § 551(2)(e) (1977), appliqué notamment par les juridictions de l'État d'Hawaii : *Elliot Megdal & Assoc. v. Hawaii Planing Mill*, 814 F. Supp. 904 (D.Haw. 1993).

911. LO S., « Limitations in the regulation of unfair marketing practices in Hong Kong. », Journal of International Business & Law, vol. 7, n° 77, Spring 2008.

912. Voir de la même manière Restatement, Second, Torts, §529 (1977).

913. Tout comme en France où déjà sous le régime de réglementation de la publicité trompeuse, la loi n'interdisait pas la publicité hyperbolique qui se traduisait par la parodie ou l'emphase, dès lors qu'il était établi, par référence à l'optique, au degré de discernement et au sens critique du consommateur moyen, que l'outrance ou l'exagération de l'image publicitaire ne pouvait finalement tromper personne. Voir Cass. Crim. 21 mai 1984 : D. 1985. 105, note MARGUERY.

914. Voir not. FTC contre Nissan North America, Inc., Advertising Agency TBWA Worldwide, Inc., janvier 2014.

915. *Brownlie v. Campbell*, 5 App. Cases, 925, 950 (1880) ;

O'Rear v. Am. Family Life Ass. Co., 784 F. Supp. 1561, 1566 (M.D. Fla. 1992).

sanctionnent les omissions de faits matériels ou le silence de l'auteur lorsqu'il était face à une obligation d'information⁹¹⁶. Lors d'une telle obligation, l'auteur est donc responsable d'une *breach of duty*⁹¹⁷, ou d'une *silente fraud*⁹¹⁸, dont les éléments sont selon l'État du Michigan⁹¹⁹ :

- l'existence d'une obligation légale d'information pour l'auteur de la pratique ;
- le manquement à cette obligation avec pour objectif que le destinataire y accorde sa confiance ;
- le caractère trompeur du silence du fait des agissements ou déclarations parallèles de l'auteur ;
- la connaissance de la part de l'auteur que son silence est trompeur ;
- la confiance accordée par le destinataire ;
- un préjudice découlant de cette confiance.

374 Parmi les types de *deceit*, le *misblurb*⁹²⁰ est particulièrement utilisé. Le *blurb* est une forme de critique souvent utilisée dans les domaines de la littérature ou du cinéma, servant la fonction sociale de permettre un choix éclairé⁹²¹. Dès lors, quand la citation est altérée, cette fonction sociale l'est aussi et la confiance des consommateurs est fragilisée⁹²². C'est pourquoi la *Federal Trade Commission* (FTC) interdit « toute altération ou citation du texte d'[une] critique qui ne reflète pas honnêtement sa substance [...], car elle fausserait l'opinion de celui qui l'endosse »⁹²³.

916. La notion alors utilisée étant celle de *duty of speak* : *H-M Wexford LLC v. Encorp, Inc.*, 832 A.2d 129, 144 (Dela. Ch. 2003) ;

Brennan v. Kunzle, 37 Kan. App. 2d 365, 378, 379, 154 P.3d 1094, 1105 (2007).

Hess v. Chase Manhattan Bank USA, N.A., 220 S.W.3d 765 (Mo. banc. 2007).

917. *Daye v. General Motors Corp.*, 720 So. 2d 659 ;

Barrie v. V.P. Exterminators, Inc., 625 So. 2d 1007 (La. 1993) ;

Johnson v. First Nat'l Bank of Shreveport, 792 So. 2d 33 (La. App. 3d Cir. 2001).

918. *Hill v. Jones*, 725 P.2d 1115 (Ariz. Ct. App. 1986), où le propriétaire d'une maison avait l'obligation de porter à la connaissance de l'acheteur les dommages causés par des termites sur le bien, il résultait de la violation de cette obligation, une *silent fraud*.

919. *Business Torts 2011 A Fifty State Guide.*, [s.l.] : Aspen Pub, 2010, p.443.

920. Plusieurs noms lui sont donnés :

- *contextomy* : qui revient à sortir les mots de leur contexte ;
- *misblurb* : qui peut être entendue comme une édition libérale ;
- L'industrie d'Hollywood utilise l'expression *frankenquotes*, « pour les extraits de louanges discutables bricolées avec des ellipses et des points d'exclamation ci et là ». B. BARNES, *Hollywood's Blurb Search*, N.Y. Times, June 07, 2009.

921. TYNAN M., « Tour de farce ! Misblurb marketing in film and publishing. », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 29, n° 793, 2012.

922. RICHARD W. POLLAY & BANWARI MITTAL, *Here's the Beef : Factors, Determinants, and Segments in Consumer Criticism of Advertising*, 57 J. Mktg 3, 99 (1993).

923. *Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*, 16 C.F.R. § 255.0 (2009).

Une telle pratique devrait donc être considérée comme commercialement trompeuse. Malgré la multiplicité des formes que cette pratique peut prendre, elle reviendra toujours à une distorsion des mots originaux.

Ainsi en a-t-il été considéré, par exemple, à propos de la critique rédigée par HENRY ALFORD à propos du mémoire de DAVID SELARIS dont la reprise par l'éditeur a été résumée en trois mots : « tour de force », alors que l'expression originellement employée était « tour de farce »⁹²⁴ ; ou encore dans le domaine du cinéma, de la critique de JACK MATTHEWS pour le film « *live free or die hard* » originellement rédigée sous l'expression « *hysterically overproduced and surprisingly entertaining* » et transformée en « *hysterically . . . entertaining* ».

375 Cela étant, même si la lecture de ces cas peut amener à sourire, une telle pratique peut porter atteinte à la réputation du critique par le biais de son lectorat. Celui-ci pourra donc se protéger contre une telle pratique soit par le biais de l'action pour *libel* qui repose sur la « publication fausse et non privilégiée [...] qui expose une personne à la méfiance, la haine, au mépris, ridicule [...] ou qui tend à préjudicier cette personne dans sa mission, son occupation, ses affaires ou son emploi »⁹²⁵. La difficulté pour le critique sera alors de prouver l'atteinte à sa réputation qui repose sur l'opinion de ceux vers qui la publication était faite, et non sur la réelle opinion du critique⁹²⁶, une telle atteinte devant provenir du changement matériel du sens de la critique.

Soit, par le biais d'une action pour atteinte au *copyright*. En effet, comme toute œuvre originale d'auteur fixée sur un média tangible, la critique est protégée par le *copyright*⁹²⁷. Or, l'exploitation commerciale de matériaux objets de *copyright* sans l'accord de l'auteur est présumée, de manière réfragable⁹²⁸ cependant, comme étant déloyale⁹²⁹.

Cela étant, pour que cette protection puisse jouer, une règle *de minimis* est imposée. En effet, il est nécessaire que l'usage fait soit de plus d'une « simple et insignifiante portion du travail du demandeur ».

376 En outre, ce genre de pratique pourra tout autant porter atteinte aux consommateurs. En effet, si l'on accepte que l'avis d'un critique puisse aider le public à cerner la valeur d'un produit, cette publicité trompeuse va pousser le consommateur à acheter le produit qui aurait moins de valeur que pensé. Mais est-ce la critique qui fait la valeur d'un produit ? Il semble évident que les critiques sont, en partie au moins, subjectives, et au même titre qu'il a été jugé que l'action de l'auteur n'est pas possible tant qu'une partie du public peut être d'accord avec la version modifiée de la critique, il semble que l'action du consommateur soit *a fortiori* impossible. C'est ainsi qu'il a été jugé que la simple opinion n'était pas une violation de la section 190.20 de la

924. H. ALFORD, Literary Misblurbing, N.Y. Times, Apr. 29, 2007, Sunday Book Review, at 27.

925. *Belli v. Orlando Daily Newspapers, Inc.*, 389 F.2d 579, 582 (5th Cir. 1967).

926. *Thompson v. G. P. Putnam's Sons*, 243 N.Y.S.2d 652 (N.Y. Sup. Ct. 1963).

927. Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. §§102(a), 501(a) (2006).

928. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 570 (1994).

929. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984).

New York Penal Law selon laquelle « une personne est coupable de publicité fausse quand, avec intention de promouvoir la vente ou d'augmenter la consommation de biens ou de services, elle fait ou cause une déclaration fausse ou trompeuse dans toute publicité ... », parce que la loi n'était concernée que par les représentations de fait⁹³⁰. En effet, le *tort of deceit* ne s'attache qu'aux faits dont les avis sont distincts⁹³¹.

Cela étant, il est possible que le consommateur se soit au fil du temps attaché à l'avis de certains critiques qui procèdent soit à des critiques objectives, ou critiques de faits, soit à des critiques subjectives dans lesquelles le consommateur se reconnaît. Dans ce cas, l'avis du critique peut être déterminant pour le consommateur et peut faire partie de la présentation attendue du produit dont le caractère faux ou erroné doit entraîner une réparation.

Dans de tels cas, la protection du consommateur sera alors nécessaire et souhaitable.

2 Une déclaration faite de manière malhonnête .

377 Cette fausse déclaration doit être faite de manière malhonnête c'est-à-dire avec la connaissance de son caractère faux, ou du moins sans la croyance en sa véracité⁹³², ou sans prendre soin de vérifier son exactitude⁹³³. Il semble ainsi que le simple manquement à la diligence professionnelle suffise. Cela étant, ce même arrêt a refusé d'étendre la responsabilité aux cas de déclarations fausses faites par négligence. En effet, la mauvaise foi est l'essence de ce *tort*, il ne sera pas suffisant pour la victime de prouver que la déclaration était fausse, encore faudra-t-il qu'elle prouve que cette dernière était frauduleuse, que l'auteur n'avait pas l'honnête croyance en sa vérité.

Cette position a vivement été critiquée aux États-Unis où dans des cas similaires les Cours imposaient une responsabilité basée sur la présomption que l'auteur savait le caractère faux de sa déclaration. En 1929, BOLHEN, soumet la thèse selon laquelle il serait préférable de sortir du *tort of deceit* au profit du droit de la négligence⁹³⁴. Une réponse lui fut apportée par LEON GREEN en 1930⁹³⁵, où ce dernier affirmera que la définition du *deceit* est suffisamment « élastique » pour qu'elle soit applicable quand l'auteur semble suffisamment coupable. En 1932, BOHLEN viendra critiquer la réponse de GREEN⁹³⁶, considérant qu'il s'agit de s'inscrire dans une « chasse aux sorcières » que de décrire une conduite simplement négligente comme malhonnête. L'histoire aura donné raison à BOHLEN sur au moins un point qui est la différence

930. *People v. Clarke*, 297 N.Y.S. 776, 779 (1st Dep't 1937).

931. BURDICK F.M., *Law of Torts*, Washington, D.C. : Beardbooks, 2000, p.368.

932. *GE Commercial Finance Ltd. v. Gee* [2005] E.W.H.C. 2056 (QB)

933. *Derry v. Peek* [1889] 14 App Cas 337 ;

Dans lequel LORD HERSCHELL affirmait : « *Fraud is proved when it is shown that a false representation has been made knowingly, or without belief in its truth, or recklessly, careless whether it be true or false* ».

934. F.H. BOHLEN, *Misrepresentation as Deceit, Negligence, or Warranty*, 42 Harv. L. Rev. 733 (1929).

935. L. GREEN, *Deceit*, 16 Va. L. Rev. 749 (1930).

936. F.H. BOHLEN, *Should Negligent Misrepresentations Be Treated as Negligence or Fraud ?*, 18 Va. L. Rev. 703 (1932).

entre la connaissance et l'inadvertance qui rend le *tort of deceit* inapplicable lorsque l'auteur a négligemment trompé quelqu'un⁹³⁷.

Pour sa part, le *Restatement Second of Torts*, parle de représentation frauduleuse⁹³⁸, il précise alors qu'une présentation fausse sera frauduleuse si le déclarant :

- sait ou croit que le sujet de sa déclaration n'est pas comme il le présente ;
- n'a pas confiance en l'exactitude de la représentation qu'il fait ou suggère ;
- sait qu'il n'a pas les bases nécessaires à la représentation qu'il fait ou suggère.

378 Cette définition permet tout d'abord de préciser que la connaissance du caractère faux n'est pas nécessaire, la simple croyance en ce caractère suffit, ici alors, la fraude et la malhonnêteté se rejoignent. Ensuite, que ces deux caractères viennent s'enrichir d'une obligation de diligence sanctionnée par la responsabilité de l'auteur qui fera une présentation fausse sans croyance en sa vérité ou « sans prudence, sans soucis de son caractère vrai ou faux »⁹³⁹. Enfin, cette diligence est renforcée par une obligation de construire un argumentaire commercial sur des bases factuelles existantes, mais aussi, et surtout suffisantes.

379 Allant plus loin, ces obligations de diligences sont sanctionnées, notamment en Californie, où la présentation fausse faite par négligence est une cause d'action⁹⁴⁰. Il est précisé qu'il y aura négligence si l'auteur fait une déclaration à propos de laquelle il n'a aucune base raisonnable de croire en la véracité. Cette condition rejoint donc la troisième condition de caractère frauduleux dégagée par l'*American Law Institute* au paragraphe 526 du *Restatement*. Mais cette négligence sera qualifiée en Californie au regard de six éléments :

- la présentation est à propos d'un fait matériel passé ou existant ;
- la présentation est fausse ;
- l'auteur fait cette présentation sans base raisonnable lui permettant de croire qu'elle est vraie ;
- l'auteur souhaite que la confiance de la victime soit accordée à la déclaration ;
- la victime a raisonnablement accordé sa confiance à la déclaration⁹⁴¹ ;
- la victime a subi un dommage du fait de l'accord de sa confiance à cette déclaration.

937. GERGEN M.P., « Negligent misrepresentation as contract. », *California Law Review*, vol. 101, n° 953, août 2013.

938. *Restatement, Second, Torts*, §526. (1977)

939. « [...] *recklessly, careless of whether it is true or false.* » dans le texte.

940. *Gagne v. Bertran*, 43 Cal. 2d 481, 487-488 (1954).

941. Les juges de l'Iowa ont précisé que le caractère raisonnable de la confiance accordée devait être apprécié de manière subjective et non objective, en d'autres termes, il ne s'agit pas de savoir si une personne raisonnable aurait accordé sa confiance à une telle présentation, mais si la victime, à l'aune des informations dont elle disposait pouvait raisonnablement accorder sa confiance à cette déclaration : *Lockard v. Carson*, 287 N.W.2d 871, 878 (Iowa 1980).

De la même manière, les juges du District de Columbia, de l'État de Géorgie, ou encore de l'État du Michigan acceptent les demandes pour présentation fausse faite par négligence, lorsque la victime démontre que l'auteur a fait une déclaration fausse ou a omis un fait lorsqu'il avait une obligation d'information, qui a engendré un préjudice pour la victime qui avait raisonnablement accordé sa confiance à la déclaration de l'auteur⁹⁴².

380 Enfin, une telle représentation sera frauduleuse si elle est faite de manière ambiguë⁹⁴³, c'est-à-dire, lorsqu'elle sera susceptible d'être interprétée de deux manières différentes dont l'une est fausse. Le caractère frauduleux sera alors qualifié si :

- l'auteur souhaite que la déclaration soit comprise dans le sens qui est factuellement faux ;
- sans aucune croyance ou espérance de la manière dont elle sera comprise ;
- ou avec une indifférence imprudente par rapport à la manière dont elle pourrait être comprise.

3 Une déclaration censée être écoutée .

381 Cette déclaration fausse doit concorder avec une volonté que le trompé accorde sa confiance aux dires du trompeur. La confiance prévisible n'est pas suffisante, il faut l'intention expresse que la victime suive l'information⁹⁴⁴. Cela étant, cette intention est régulièrement présumée et certains États se satisfont d'une preuve que l'auteur agissait en ayant des raisons de s'attendre à ce que l'action de la victime serait influencée par l'affirmation⁹⁴⁵. De plus, il n'est pas nécessaire que le mensonge soit directement dirigé vers la victime, mais peut être simplement dirigé vers un groupe⁹⁴⁶.

Ainsi selon le *Restatement*, la personne ayant fait une déclaration fausse et frauduleuse sera « sujette à responsabilité par rapport aux personnes ou la classe de personnes qu'elle souhaitait ou par rapport auxquelles elle avait une raison de s'attendre à ce qu'elles agissent ou s'abstiennent d'agir en suivant la déclaration, des préjudices économiques causés du fait de leur confiance raisonnable »⁹⁴⁷. En tout état de cause, que cette induction soit souhaitée ou possible, il sera nécessaire que la pratique soit volontairement effectuée par l'auteur pour que sa responsabilité soit engagée. L'*American Law Institute* explique en effet que virtuellement, toute

942. *C&E Services, Inc. v. Ashland, Inc.*, 498 F. Supp. 2d 242, 256 D.D.C. 2007) ;
Hendon Props., LLC v. Cinema Dev., LLC, 275 Ga. App. 434, 620 S.E.2d 644 (2005).

943. *Restatement*, Second, Torts, §527 (1977).

944. *Tackey v. McBain* [1912] A.C. 186 ;
Bradford Third Equitable Benefit BS v. Borders [1941] 2 All E.R. 774.

945. *Goose v. Wilson Sandford & Co.* [2001] Lloyd's Rep P.N. 189 ;
Lightle v. State, 146 P.3d 983-84 (Alaska 2006).

946. *Restatement*, Second, Torts, § 534 (1977).
Commonwealth Commercial Banking v. Brown 126 C.L.R. [1972] 337 ;
Swift v. Winterbottom [1873] L.R. 8 Q.B. 244 ;
Richardson v. Silvester [1873] L.R. 9 Q.B. 34 ;

947. *Restatement*, Second, Torts, § 531 (1977).

information est capable d'être transmise, si cette dernière est particulièrement convaincante, elle peut induire le public visé à agir ou s'abstenir d'agir en fonction de la déclaration. Or, la *common law* souhaite limiter la responsabilité aux cas où le déclarant aurait fait la déclaration en sachant *a minima*, qu'une telle déclaration serait susceptible d'induire la conduite du public. Ainsi la répétition du mensonge, si elle est prévue, sera source de responsabilité pour l'auteur initial⁹⁴⁸.

Cette position est donc différente de la directive européenne et du TPA australien où l'intention n'est pas nécessaire et donc où la protection est élargie, car, même si le plus souvent la démonstration de cette intention sera facilement démontrable, celle-ci pose parfois des difficultés⁹⁴⁹.

382 Parallèlement, certains États ont développé des protections élargies, par exemple, l'Arkansas, ou encore l'Indiana, sans reconnaître l'action pour négligence, se basent sur la notion de *constructive fraud*. Celle-ci est définie comme la présentation fausse, faite par quelqu'un qui, sans savoir si ce qu'il dit est vrai ou faux, le présente comme vrai sans connaissance de son caractère faux et sans culpabilité morale ou mauvaise intention, mais en violation d'un devoir de diligence dû à la relation existant entre les parties⁹⁵⁰. Selon les juridictions d'Indiana, un tel délit nécessiterait :

- un devoir, existant du fait de la relation entre les parties ;
- une présentation ou omission contraire à ce devoir ;
- une confiance accordée par la victime de la déclaration ou de l'omission ;
- un préjudice issu de cette confiance ;
- le gain d'un avantage par l'auteur au détriment de la victime⁹⁵¹.

383 En outre, le mensonge doit être matériellement suivi, ici l'effectivité de l'acte est nécessaire, mais si le mensonge n'a joué qu'une part dans l'action du trompé, une présomption simple d'effectivité est appliquée⁹⁵². En Australie, il y aura responsabilité même si la victime connaît en partie le caractère faux des déclarations⁹⁵³. *A contrario*, d'autres États, tels que l'Arizona,

948. Restatement, Second, Torts, §533 (1977).

949. LO S., « Limitations in the regulation of unfair marketing practices in Hong Kong. », *Journal of International Business & Law*, vol. 7, n° 77, Spring 2008.

950. *South County, Inc. v. First Western Loan Co.*, 315 Ark. (1994) ;
Yeager v. McManama, 874 N.E.2d 629, 641 (Ind. Ct. App. 2007) ;
Garrett v. Read, 278 Kan. 662, 674, 102 P.3d 436, 445 (2004) ;
 V. aussi : *Stum v. Stum*, 845 S.W.2d 407, 415 (Tex. App. 1992).

951. *Allison v. Union Hosp., Inc.*, 883 N.E.2d 113, 123 (Ind. Ct. App. 2008) ;
Heaton & Eadie Prof'l Serv. Corp. v. Corneal Consultants of Ind., PC, 841 N.E.2d 1181 1189 (Ind. Ct. App. 2006) ;
Westfield Ins. Co. v. Yaste, Zent & Rye Agency, 806 N.E.2d 25, 31 (Ind. Ct. App. 2004).

952. *Edgington v. Fitzmaurice* [1885] 29 Ch. D. 459 ;
Dadourian v. Simms [2009] E.W.C.A. Civ. 169, [2009] 1 Lloyd's Rep 601.

953. *Gipps v. Gipps* [1978] 1 N.S.W.L.R. 454.

requièrent l'ignorance du caractère faux, et même la confiance en la véracité de la déclaration par la victime⁹⁵⁴.

Enfin, un préjudice personnel créé de manière intentionnelle ou non est requis avant toute action⁹⁵⁵. Étant cependant précisé que le tort of *deceit* tel qu'entendu par le paragraphe 525 du *Restatement Second of Torts*, ne couvre que les présentations fausses créatrices de préjudice économique⁹⁵⁶.

4 Une déclaration matériellement suivie .

384 Par définition, le destinataire ne peut être victime que s'il a accordé sa confiance à la déclaration frauduleusement fausse. Cela étant toutes les confiances ne seront pas prises en compte par ce tort. En effet, le destinataire ne pourra agir contre le déclarant uniquement si la confiance accordée peut être qualifiée de raisonnable⁹⁵⁷. Or, une confiance accordée ne sera raisonnable que si l'objet de la présentation fausse est d'une certaine importance.

L'importance de l'objet de la présentation fausse est déterminée par une qualification selon deux critères⁹⁵⁸. Ainsi, l'objet d'une présentation fausse sera important si :

- une personne raisonnable attacherait de l'importance à son existence ou son absence pour déterminer le choix de son action ;

Les considérations prises selon ce point ne seront pas uniquement économiques. En effet, des considérations sentimentales par exemple, pourraient être considérées comme importantes au regard de cette disposition. En outre comme dans tous les cas où il est fait référence à un standard, tel que la personne raisonnable qui pourrait très bien être remplacée à l'aune du droit européen par le consommateur moyen et raisonnablement éclairé, l'appréciation sera laissée aux juges du fond (supervisant le jugement du jury dans le système américain). Ce critère particulièrement large s'explique du fait du caractère de droit commun du *tort* qui ne se limite donc pas aux situations de consommation.

954. Cette ignorance et la confiance en la véracité des propos, faisant partie des neuf éléments nécessaires de manière cumulative à la qualification du *tort of fraud* en Arizona. *Perry v. Hanson*, 120 Ariz. 266, 269, 584 P.2d 574 577 (Ariz. Ct. App. 1984). Les autres éléments étant,

- une déclaration ;
- son caractère faux ;
- sa matérialité ;
- la connaissance par l'auteur du caractère faux, ou l'ignorance de sa véracité ;
- la volonté que la victime accorde sa confiance à la déclaration ;
- le droit de la victime d'agir en fonction de la déclaration ;
- un dommage direct causé par l'action de la victime.

En ce sens, *Services Holding Co., Inc. V. Transamerican Occidental Life Ins., Co.*, 180 Ariz. 198, 208, 883 P.2d 435, 445 (Ariz. Ct. App. 1994).

955. *Edgington v. Fitzmaurice* [1885] 29 Ch. D. 459.

956. *Restatement, Second, Torts*, § 525(h) (1977).

957. le terme utilisé par le *Restatement* est *justifiable*.

958. *Restatement, Second, Torts*, §538 (1977).

- le déclarant sait ou a des raisons de savoir que le destinataire de la déclaration considère ou est susceptible de considérer que l'objet de la déclaration est important dans la détermination de son choix bien qu'une personne raisonnable n'aurait pas porté d'attention à cet objet.

B La *promissory fraud* .

385 Parallèlement aux cas traditionnels de *deceit*, s'est développé le régime de la *promissory fraud*⁹⁵⁹, reconnue par les cinquante États des États-Unis d'Amérique, et dans laquelle le moyen utilisé pour tromper la victime est une promesse.

En effet, ce n'est pas uniquement la promesse non tenue qui est sanctionnée dans le cas présent, mais son utilisation afin de tromper une victime⁹⁶⁰. Autrement dit, il est possible de faire une promesse sans intention ni de la respecter, ni de ne pas la respecter, une telle promesse ne sera pas sanctionnable en soi, ce qui sera sanctionnable, c'est ce qu'un auteur a nommé, de manière provocatrice, mais résumant particulièrement bien la situation, la « *bullshit promise* »⁹⁶¹, c'est-à-dire la promesse faite pour que la victime s'engage alors que celui qui promet se réserve le droit de modifier unilatéralement ses engagements⁹⁶². Ce sera par exemple le cas lorsqu'une banque utilise des taux attractifs de clientèle en se réservant le droit de modifier ces taux, ou plus généralement de toutes les entreprises qui promettent une chose pendant qu'elles entendent en faire une autre.

386 Ce *tort* se différencie du *deceit* entendu au sens strict du terme par l'emploi nécessaire d'une promesse comme média de la tromperie⁹⁶³, il se distingue de la même manière du *breach of contract* par le fait que le mensonge n'existe pas uniquement lors de l'exécution du contrat, mais surtout lors de la formulation de la promesse⁹⁶⁴, ce qui correspond à une situation sinon précontractuelle du moins *in contrahendo*.

Cela étant, il convient de revenir à la définition apportée par le *Restatement* du *deceit*⁹⁶⁵, celle-ci prend en compte la présentation d'intention. En outre, le point 1.c de ce même paragraphe précise que la déclaration selon laquelle une personne, qu'il s'agisse de l'auteur de la déclaration ou d'un tiers, est d'une opinion particulière ou a une intention particulière, est une présentation fausse si la personne en question n'a pas cette opinion ou intention. Parallèlement,

959. AYRES I. et KASS G., « Symposium : DAN B. DOBBS conference on economic tort law : New rules for promissory fraud », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 957, Winter 2006.

960. *Saia Food Distribs. & Club, Inc. v. SecurityLink from Ameritech, Inc.*, 902 So. 2d 46, 57 (Ala. 2004).

961. BRIDGEMAN C. et SANDRIK K., « Bullshit promises. », *Tennessee Law Review*, vol. 76, n° 379, Winter 2009.

962. Appelés « pseudo-obligation » dans l'U.C.C. § 2-313 cmt. 6 (2008).

963. *Restatement, Second, Torts*, §§525 et 530 (1977).

964. *Restatement, Second, Torts*, §530 (1977) ;
Restatement, Second, Contracts, §235(2) (1981).

965. *Restatement, Second, Torts*, §525 (1977)

la promesse étant définie comme la représentation de l'intention de celui qui promet, la difficulté sera alors de prouver l'état de pensée d'un homme à un moment donné si cet état de pensée n'est pas formalisé par un écrit⁹⁶⁶. En effet, la simple inexécution de la promesse ne sera pas suffisante à qualifier la tromperie, la preuve devra être apportée par tout autre moyen et notamment par la certitude que le promettant ne pouvait matériellement pas exécuter sa promesse⁹⁶⁷.

La situation de l'espèce est alors à mi-chemin entre le droit contractuel et le droit délictuel, il s'agira alors de savoir si la promesse faite a force d'obligation contractuelle. En effet, si tel était le cas, la personne trompée aurait une possibilité d'action délictuelle au moins alternative, et parfois additionnelle, à l'action contractuelle. À l'inverse, si la promesse n'a pas force d'obligation contractuelle, la partie trompée aura tout de même une possibilité d'action sur le fondement du *tort of deceit*.

- 387** Enfin, les éléments constitutifs de ce *tort* sont les mêmes que ceux du *deceit*⁹⁶⁸, auxquels vient s'ajouter une promesse par rapport à laquelle l'auteur n'a pas seulement pas l'intention de l'exécuter, mais l'intention de ne pas l'exécuter⁹⁶⁹ où selon certaines Cours la nécessité que la tromperie fasse partie d'un complot visant à escroquer la victime⁹⁷⁰, ou encore celle d'un standard de preuve plus élevé⁹⁷¹.

II Le malicious falsehood .

- 388** Parallèlement au délit de *deceit*, le *malicious falsehood* se caractérise par un mensonge (A) publié de manière malveillante (B) et calculé dans le but de produire un préjudice patrimonial (C). Ainsi, selon le *Restatement*, celui qui publie une fausse déclaration préjudiciable à un autre sera responsable du préjudice patrimonial causé si :

- il souhaite, par la publication, atteindre les intérêts de l'autre en obtenant un gain, ou reconnaît ou devrait reconnaître qu'un tel résultat est probable, et ;
- il sait que la déclaration est fausse ou agit sans souci du caractère vrai ou faux de cette dernière.

966. *Edgington v. Fitzmaurice* [1885] 29 Ch. D. 459.

967. *Restatement, Second, Torts*, §530(1)(d) (1977).

968. Représentation matérielle fausse, connaissance de la fausseté, intention d'induire confiance en la présentation, confiance, dommage patrimonial du fait de la confiance ;

SANDRIK K., « Comment, Overlooked Tool : Promissory Fraud in the Class Action Context. », *Florida State University Law Review*, vol. 35, n° 193, 2007.

969. *Ibid* ;

Saia Food Distribs. & Club, Inc. v. SecurityLink from Ameritech, Inc., 902 So. 2d 46, 57 (Ala. 2004) ;

Howard v. Wolff Broadcasting, Corp., 611 So. 2d 307 (Ala. 1992) ;

Birmingham News Co. v. Horn, 901 So. 2d 27, 59 (Ala. 2004).

970. *Bradley Real Estate v. Dolan Assocs. Ltd.*, 640 N.E.2d 9, 13 (III. App. Ct. 1994) ;

Steinberb v. Chicago Med. Sch., 371 N.E.2d 634, 641 (III. 1977).

971. *Jim-Bob, Inc. v. Mehling*, 443 N.W.2d 451, 459-60 (Mich. Ct. App. 1989).

A Un mensonge .

389 Celui-ci se caractérise donc par l'usage d'une déclaration fausse⁹⁷², pouvant tout comme dans le *tort of deceit*, prendre diverses formes, allant de l'écrit à l'oral, en passant par le sous-entendu⁹⁷³ ou même émanant d'un comportement⁹⁷⁴, étant précisé que le sens des mots sera étudié selon le public visé⁹⁷⁵, que ni le dénigrement, ni la dépréciation ne sont nécessaires à la qualification de ce délit, et qu'en outre la simple exagération ou allégation de supériorité de son produit sur celui des autres n'est pas actionnable⁹⁷⁶.

390 De plus, ce mensonge doit concerner le demandeur⁹⁷⁷, sa propriété ou ses intérêts pécuniaires tels que sa profession, sa position sur le marché ou encore ses affaires⁹⁷⁸. Cela étant, le demandeur peut ne pas être le sujet direct du mensonge, il a ainsi été par exemple jugé que l'attaque de la femme d'un commerçant qui l'assistait dans ses affaires était répréhensible⁹⁷⁹.

La difficulté concerne la prise en compte de la comparaison dans la publicité moderne. En effet, les Cours ne veulent pas être arbitres en la matière⁹⁸⁰ et autorisent donc l'utilisation légère de la dépréciation d'autant plus lorsque les deux parties ont choisi d'adopter la même tactique de dénigrement⁹⁸¹.

En réalité l'application ou non du *tort* va dépendre du langage et de la force utilisés pour la dépréciation, il y aura donc une distinction entre l'éloge de soi imposant une simple dépré-

972. *Pater v. Baker* [1847] 3 C.B. 831 ;
Burnett v. Tak [1882] 42 L.T. 743.

973. *McDonalds v. Burger King* [1986] F.S.R. 45.

974. *Wilts United Dairies v. Robinson* [1958] R.P.C. 94, CA ;
Royal Baking Powder Co. v. Wright, Crossley & Co. [1901] 18 R.P.C 95.

975. *Vodafone group plc v. Orange Personal Communications Services* [1997] F.S.R.34 ;
Macmillan Magazines Ltd. v. RCN Publishing Co. Ltd. [1998] F.S.R. 9 ;
 Contra. *Ajinomoto Sweetner Europe SAS v. Asda Stores Ltd* [2010] E.W.C.A. Civ. 609.

976. *Ciba-Geigy Plc v. Parke Davis & Co.* [1994] F.S.R. 8 ;
 Restatement, Second, Torts, §649 (1977).

977. *Kaye v. Robertson* [1991] F.S.R. 62, CA ;
White v. Mellin [1895] A.C.154.

978. Par exemple un produit vendu : *Ajinomoto Sweetner Europe SAS v. Asda Stores Ltd* [2010] E.W.C.A. Civ. 609.

979. *Riding v. Smith* [1876] 1 Ex D 91.

980. *Consorzio del Prosciutto di Parma v. Marks and Spencer plc* [1991] R.P.C. 351 ;
White v. Mellin [1895] A.C.154.

981. *Easycare Inc. v. Bryan Lawrence & Co. Aldous J* [1995] F.S.R. 597.

ciation de l'autre et la critique pure de l'autre⁹⁸², étant considéré que les Cours se réfèrent à un consommateur conscient des techniques et astuces publicitaires⁹⁸³.

- 391** En outre, ce mensonge doit être calculé pour causer un préjudice⁹⁸⁴, la question a été de savoir s'il était nécessaire qu'une faute soit commise pour que le *tort of malicious falsehood* soit caractérisé, question à laquelle il a été répondu que s'il y avait un préjudice il y avait nécessairement une faute, car le mensonge était intrinsèquement préjudiciable⁹⁸⁵.

B Un mensonge publié de manière malveillante .

- 392** La volonté de nuire s'exprimera notamment par la publication de ce mensonge, celle-ci étant entendue de manière large, allant de la communication à un tiers à la publication au monde au sens large⁹⁸⁶, étant précisé que la nécessité de la volonté de publication n'est pas établie⁹⁸⁷. En effet, selon le *Restatement*, la publication d'un mensonge malveillant est sa communication intentionnelle ou par négligence à quelqu'un d'autre que celui dont les intérêts sont affectés⁹⁸⁸. Cela étant, si la publication est purement et réellement accidentelle, l'auteur du mensonge ne sera pas responsable de sa publication.

Ainsi, en cas de répétition par un tiers, l'auteur du mensonge ne sera responsable que si :

- la répétition était autorisée ou voulue par l'auteur initial, ou ;
- la personne a été choisie pour répéter, ou ;
- la répétition était raisonnablement prévisible⁹⁸⁹.

- 393** Reste alors à catégoriser la malveillance ou *malice*. Celle-ci peut être définie comme « l'intention, ou le désir, de faire du mal ou de causer un préjudice à une autre personne », mais l'intention de nuire est différente du désir de nuire, c'est pourquoi traditionnellement, cette dernière peut être entendue sous deux formes :

982. *De Beers v. International General Electric* [1975] 2 All. E.R. 599 ;

Ainsi, l'étude des termes utilisés aide parfois à faire la distinction :

Par exemple l'emploi du terme *foist*, « refourguer » est considéré comme dépréciatif et non comparatif *Thorleys Cattle Food v. Alassam* [1886] 14 Ch D 763, CA ;

Ou encore *worthless* « sans valeur » à propos de machines *London Ferro-Concrete Co. Ltd. v. Justicz* 68 R.P.C [1951] 261, CA.

983. *McDonalds v. Burger King* [1986] F.S.R. 45 ;

Vodafone group plc v. Orange Personal Communications Services [1997] F.S.R.34 ;

Compaq Computer Corp v. Dell Computer Corp Ltd. [1992] F.S.R. 93.

984. *Kaye v. Robertson* [1991] F.S.R. 62.

985. *Wilts United Dairy v. Robinson* [1957] R.P.C. 220.

986. *Australand Holdings Ltd. v. Transparency and Accountability Council Inc.* [2008] N.S.W.S.C. 699.

987. Considérant qu'une republication était naturelle et probable : *Cellactite & British Uralite v. HH Robertson Co.* [1957] C.L.Y. 1989 ;

Considérant qu'il faut démontrer que l'auteur prévoyait la publication : *McManus v. Beckam Laws LJ* [2002] E.W.C.A. Civ 939 ; [2002] 1 W.L.R. 2982.

988. *Restatement, Second, Torts*, §630 (1977).

989. *Restatement, Second, Torts*, §631 (1977)

- la première fait reposer la malveillance sur l'intention réelle ou présumée, c'est-à-dire dans le cas présent la tromperie. Il est alors question d'*intention malice* ou plus spécifiquement de *deceit malice*, selon laquelle la connaissance de la fausseté de l'allégation dans le but de nuire est suffisante pour constituer la malveillance⁹⁹⁰, et ce, même en cas d'imprudence⁹⁹¹. Cette vision est relativement protectrice, car elle ne requiert pas réellement la preuve de la malveillance⁹⁹². En effet, la simple connaissance du caractère faux des allégations, sans volonté de nuire à la victime, mais avec pour volonté d'en tirer un avantage sera suffisante⁹⁹³. Il s'agit en réalité d'une démonstration de mauvaise foi entendue au sens large c'est-à-dire en absence de bonne foi vis-à-vis du concurrent ;
- la seconde forme est la *motive malice*, ici la caractérisation de la malveillance repose sur l'idée de *mala fides*, d'hostilité, ou encore de mauvaise motivation, l'auteur de la déclaration pense que la déclaration est vraie, mais sait qu'elle va nuire au demandeur et c'est pourquoi il la publie⁹⁹⁴. Ici, la mauvaise foi est entendue strictement comme la volonté de nuire, les arrêts feront ainsi l'usage de plusieurs termes témoignant de cette volonté de nuire⁹⁹⁵. La motivation rend ici l'agent responsable ce qui rend ce *tort* proche de celui de *lawful means conspiracy*⁹⁹⁶.

394 Parallèlement, les définitions judiciaires ont tendance à exacerber cette complexité terminologique. En effet, les Cours anglaises, par exemple, feront en outre une distinction entre la *targeted malice* : où le malfaiteur agit intentionnellement dans le but de causer des pertes au demandeur⁹⁹⁷ ; et l'*untargeted malice* où le malfaiteur agit en étant conscient que le cours normal des choses fera que son acte causera des pertes au demandeur ou au groupe auquel appartient ce dernier à moins qu'un événement extraordinaire n'intervienne, ou au mépris délibéré du risque pour les victimes⁹⁹⁸. Ce dernier cas est donc loin de la motivation, mais représente plutôt l'intention ou l'insouciance quant à l'issue de l'acte.

990. Notamment si la victime l'a alerté de la fausseté de l'allégation : *Customglass Boats* [1976] 1 N.Z.L.R. 36. Il sera cependant recherché si l'auteur croyait ou non en la véracité de ses propos : *Pitt v. Donovan* [1813] 1 M&S 639.

991. *Cellactite & British Uralite v. HH Robertson Co.* [1957] C.L.Y. 1989 ;
Shapiro v. La Morta 40 T.L.R. [1923] 201 ;
Joyce v. Sengupta [1993] 1 W.L.R. 337.

992. *Wilts United Dairy v. Robinson* [1957] R.P.C. 220.

993. *Ibid.* ;
Balden v. Shorter [1933] Ch. 427.

994. *Spring v. Guardian Assurance* [1993] 2 All. E.R. 273.

995. *Mala fides* : *Hasley v. Brotherhood* [1881] 19 Ch D 386 ;
dishonest object : *Greeds Ltd. v. Pearman & Carder Ltd.* [1922] 39 R.P.C. 406 ;
indirect objet : *ibid.*
improper motive : *Balden v. Shorter* [1933] Ch. 427.

996. *Wilts United Dairy v. Robinson* [1957] R.P.C. 220.

997. *Three Rivers Dist. Council v. Bank of Eng.*, [2003] 2 A.C. 1 (H.L.)

998. *Ibid.*

C Une publication créatrice de préjudice .

395 Enfin, ce mensonge doit être créateur, comme dans tout *economic tort* de préjudice économique qui doit découler naturellement et raisonnablement de la déclaration⁹⁹⁹.

Il est donc patent que ce tort se rapproche de plusieurs autres tout en différant sur certains points :

- La diffamation tout d’abord, ici la principale distinction se retrouve dans la différence d’intérêt protégé, alors que la diffamation protège la réputation¹⁰⁰⁰, le *malicious falsehood* protège contre les dommages purement financiers. Il s’agit alors non pas de protéger l’honneur, mais la richesse. En effet, classiquement, même si cela n’a pas toujours été le cas, la diffamation est celle qui expose la victime à « la haine, le mépris, ou le ridicule »¹⁰⁰¹. En effet, primitivement, la diffamation n’était prise en compte que lorsque l’insulte ou le déshonneur pouvait mener à une vendetta, le préjudice porté à la réputation n’était donc pas le point central de l’interdiction. Ce n’est qu’à partir des années 1500 que l’action pour *slander* a été convertie en recours pour indemnisation. De manière plus moderne, elle est entendue comme un abaissement de la réputation de la victime¹⁰⁰². Ainsi, le préjudice patrimonial n’est conceptuellement pas essentiel au droit de la diffamation. En effet, le *Restatement (Second) of Torts* considère une communication comme diffamante « si elle tend à atteindre la réputation d’un autre afin de l’abaisser dans l’estime de la communauté ou à dissuader les tiers de s’associer ou de traiter avec lui »¹⁰⁰³.

396 Ainsi, la diffamation repose sur quatre éléments¹⁰⁰⁴ :

- La déclaration fausse et diffamante concernant une personne ;
- Une publication vers un tiers ;
- Une faute, au moins de négligence de la part de l’auteur ;
- Un droit d’action,
 - soit du fait de la déclaration (indépendamment du préjudice) ;
 - soit du fait du préjudice causé par la déclaration.

397 Lorsque la diffamation aura pour victime une entreprise, l’auteur sera responsable si l’objet de la déclaration tend à nuire à ses affaires ou à dissuader des personnes de traiter avec

999. *Hadden v. Lott* [1854] 15 C.B.411.

1000. *CHC Software v. Hopkins and Wood* [1993] FSR 241.

1001. *Restatement, Second, Torts*, §558 (1977).

1002. *ibid.* cmt. d.

1003. *Restatement, Second, Torts* §559 (1977)

1004. *Ibid.*, §558.

elle¹⁰⁰⁵. Il est donc tout à fait acceptable qu'une telle action soit menée par une entreprise qui aura été la victime directe de pratiques commerciales déloyales par diffamation portant, par la même occasion, atteinte aux intérêts des consommateurs qui auraient été trompés par cette dernière.

D'ailleurs, ce *tort* est particulièrement utilisé par les entreprises afin de lutter contre les avis de consommateurs rédigés de mauvaise foi et consignés au sein de sites communautaires¹⁰⁰⁶. Il est alors flagrant qu'une pratique déloyale pouvant altérer le comportement économique du consommateur moyen peut aussi émaner d'un consommateur. Cependant, cette pratique ne serait, en l'état actuel, pas poursuivable sur le fondement de la directive 2005/29/CE qui requiert que la pratique émane d'un professionnel agissant contrairement à la diligence attendue de lui. Mais un retour à la théorie générale de la responsabilité pour faute pourrait à l'inverse, à l'instar de ce qui se pratique outre-Atlantique, permettre de lutter contre ces pratiques déloyales affectant le commerce.

398 Il convient à ce stade de préciser que le *Defamation Act* de 2013 a réformé le droit anglais relatif à la diffamation.

Or, cette réforme avait vite été crainte¹⁰⁰⁷ car cette loi disposait dans sa section première qu'une action n'était possible que si la publication « avait causé ou était susceptible de causer une atteinte sérieuse à la réputation du demandeur », atteinte sérieuse qui n'était constituée pour les commerçants qu'en présence d'une « sérieuse perte financière ».

Dès lors, il convient tout d'abord de constater que cette réforme semble aller dans le sens de cette thèse qui considère que bien que le *tort* (en l'espèce de diffamation) soit moralement dommageable, le préjudice considéré, lui, doit être le préjudice patrimonial¹⁰⁰⁸.

Et d'autre part, que la nécessité de cette perte financière n'était pas une condition exclusive, mais que la probabilité de cette dernière était suffisante.

399 Cette diffamation peut prendre plusieurs formes. En effet, la diffamation doit être entendue en ses deux formes traditionnelles que sont le *libel* et le *slander* ; le *libel*, consistant en une diffamation écrite et le *slander*, une diffamation orale. En effet, comme l'indiquait le juge CARDOZO dans l'affaire *Ostrowe v. Lee*¹⁰⁰⁹, le second, par son oralité, est plus vite

1005. Restatement, Second, Torts, §561 (1977).

1006. Pour un cas récent, voir : JOUVENAL J., « Negative Yelp, Angie's List reviews prompt dog obedience business to sue », The Washington Post, 25 mars 2015. URL : http://www.washingtonpost.com/local/crime/negative-yelp-review-of-dog-obedience-class-spurs-lawsuit/2015/03/25/eb92dab6-d183-11e4-8fce-3941fc548f1c_story.html?hpid=z5.

Ou encore HANSEN M. et ABA, « Negative reviews of dog obedience school on Yelp, Angie's List lead to defamation lawsuit », ABA Journal, 26 mars 2015. URL : http://www.abajournal.com/news/article/negative_reviews_lead_to_lawsuit/.

1007. HEARN A. et DECHERT LLP, « The Defamation Act 2013 : To sue or not to sue? », JD Supra, 12 janvier 2015. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/the-defamation-act-2013-to-sue-or-not-t-81216/>.

1008. Voir le développement sur la nécessaire distinction entre préjudice et dommage, *infra*, p. 418 sqq..

1009. 175 NE (NY 1931)

oublié et donc impose un préjudice moins permanent, alors que le premier est davantage prémédité, « délibéré, malveillant, davantage capable de circuler d'un endroit à un autre et donc probablement plus permanent ». Cette différence de portée est la source de la distinction. En effet, avant 1600 l'écriture était considérée comme un danger pour la stabilité politique, les imprimeurs devaient être enregistrés et le fait de critiquer le gouvernement anglais ou certains « grands Hommes », même si la critique était basée sur des faits réels ou humoristiques était un crime sanctionné par la *Court of the Star Chamber*, laquelle était qualifiée par ALEXANDER HAMILTON comme « la Cour la plus dangereuse pour les libertés du peuple d'Angleterre qui n'ait jamais été connu par le Royaume [...] »¹⁰¹⁰. Au XVII^e siècle, après la guerre civile anglaise et la restauration de la monarchie, le système de licences pour les imprimeurs fut abrogé et le régime du *libel*, bien que gardant son caractère anti-insurrectionnel, notamment dans les colonies, fut tout de même adouci.

400 Cette différence de régime prise en considération de la nuance entre les portées d'une diffamation simplement orale ou plus gravement écrite explique pourquoi le demandeur n'a pas à prouver de dommage lorsqu'il est victime d'un *libel*, contrairement au *slander* où la preuve du préjudice est requise sauf dans les cas où la diffamation est constitutive de *slander per se*¹⁰¹¹, ces cas ont été soulignés par la jurisprudence et sont les cas de :

- déclarations qui contestent la compétence du demandeur dans son métier ou sa profession ;
- déclarations selon lesquelles le demandeur est atteint de maladies « répugnantes » ;
- déclarations alléguant de graves débordements criminels par le demandeur ;
- suggestion d'un manque de chasteté chez la femme.

401 Ainsi pour synthétiser¹⁰¹², il semble que dans tous les cas, il sera nécessaire à la victime de prouver qu'une publication de matériaux diffamants concernant la victime a été faite de l'auteur à une tierce personne. De manière plus contemporaine, certaines décisions demanderont en outre, que la déclaration soit fausse, qu'il y ait un certain degré fautif de la part de l'auteur et parfois, qu'il y ait un dommage réel pour la victime.

En ce sens d'ailleurs, le *Defamation Act* de 1952 autorise les commentaires loyaux. Ainsi, une défense pour commentaire loyal sera possible si l'expression de l'opinion de l'auteur est exprimée de manière loyale au regard des faits allégués ou visés, et ce même si l'information ainsi transmise est factuellement fausse¹⁰¹³. L'importance de la loyauté et le caractère moral de l'infraction apparaissent alors avec une plus grande luminosité.

402 Dans les cas de diffamation orale (de *slander*), la victime devra aussi prouver soit, un

1010. BURANELLI V., The trial of Peter Zenger 103 (1957) ;

LEVY L., Freedom of the press from Zenger to Jefferson 45 (1966).

1011. *Ransopher v. Chapman*, 791 SW 2d (Ark 1990) ;

Biondi v. Nassimos, 692 A 2d (NJ Super 1997).

1012. DOBBS D.B., The law of torts, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series).

1013. *Defamation Act* 1952, 1952 CHAPTER 66 15 and 16 Geo. 6 and 1 Eliz. 2, 30 octobre 1952 ; Section n° 6.

dommage (patrimonial) spécial, soit que la publication affirmait que la victime avait commis un crime d'une particulière gravité, qu'elle avait un trait de caractère ou avait effectué des pratiques, incompatibles avec ses affaires ou sa profession, ou qu'elle souffrait d'une maladie incurable et transmissible.

403 Dans les cas de diffamation écrite (de *libel*), les Cours précisent que du moment qu'il est démontré que la publication est diffamante du fait qu'elle diminue l'estime dont devrait bénéficier la victime, le défendeur est présumé avoir publié sa diffamation de manière malhonnête, avec *malice*, l'affirmation est présumée être fausse, et la victime est présumée avoir subi un préjudice. En d'autres termes, l'ensemble de la charge des preuves est donc retourné contre l'auteur

404 Cela étant, cette distinction est aujourd'hui mise en difficulté face aux nouveaux modes de communication autrement appelés *technospeech*. Ces derniers peuvent être définis comme des moyens de communication en temps réel ; destinés à un groupe qui connaît l'auteur du discours ou du moins qui a une sorte de lien social avec ce dernier ; et conduits de manière informelle¹⁰¹⁴. En effet, ces derniers combinent la fugacité, la brièveté, l'évanescence de la communication orale et la permanence de la communication écrite. Peut-être à cause de cette avancée des moyens de communication, mais certainement pour des besoins de modernité, l'Illinois a aboli la distinction entre *libel* et *slander*, ne la gardant que pour qualifier les faits, mais en aucun cas pour différencier les régimes¹⁰¹⁵.

Enfin, la Cour suprême a constitutionnalisé le droit du *libel* dans l'affaire *New York Times v. Sullivan*¹⁰¹⁶. En effet dans cet arrêt, la Cour a affirmé que les preuves étaient « constitutionnellement insuffisantes » pour satisfaire l'élément d'*actual malice*.

405 Ce nouvel élément diffère de la définition traditionnelle de la *malice* entendue comme volonté néfaste¹⁰¹⁷, et est défini par la Cour comme « la connaissance de la fausseté ou le mépris délibéré de la vérité »¹⁰¹⁸. Or, ce standard est difficile à prouver, car il prend en compte l'élément subjectif d'intention de l'auteur.

Heureusement, la Cour a identifié par la suite, trois éléments pouvant démontrer ce mépris délibéré de la vérité¹⁰¹⁹ :

- La confiance en une source dont la crédibilité est douteuse ;
- La confiance en une source dont la version n'est pas confirmée ;

1014. GARFIELD L.Y., « The death of slander », *Columbia Journal of Law and the Arts*, vol. 35, n° 17, Fall 2011.

1015. *Bryson v. News Am. Pub., Inc.*, 174 Ill. 2d 77, 672 N.E.2d 1207, 1215 (1996).

1016. *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 292 (1964)

1017. GALLIGAN, JR. T.C., U.S. Supreme Court Tort Reform : Limiting State Power to Articulate and Develop Tort Law—Defamation, Preemption, and Punitive Damages, 74 U. CIN. L. REV. 1189, 1204 (2006)

1018. *N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 279-280.

1019. B.C. MURCHISON et al., *Sullivan's Paradox : The Emergence Of Judicial Standards of Journalism*, 73 N.C. L. REV. 7, 30-51 (1994)

— L'ignorance explicite des sources confirmant la fausseté des déclarations.

406 Cette vision moderne permet de faire le lien entre la diffamation et le dénigrement constitutif en France d'acte de concurrence déloyale. En effet, le droit de la diffamation pourrait être révisé pour en faire un remède lorsque seules des pertes financières en découlent ¹⁰²⁰, et dans ce cas, peut-être que diffamation et dénigrement pourraient être pris sous la même aile.

Cela étant, ces deux catégories d'actes répondent en droit américain à des régimes différents, il paraît donc important de s'attarder sur le régime de la diffamation dont l'objectif n'est pas purement compensatoire. En effet, l'honneur est la base même de cette action et la présomption de préjudice permet aux Cours d'engager une protection même quand aucune perte économique ne peut être démontrée.

Si l'on acceptait une assimilation de la diffamation et du dénigrement, dans le but d'en faire une défense contre les pertes purement économiques, il serait nécessaire, comme c'est le cas dans tous les *economic torts*, de rendre la démonstration du préjudice, essence même de ce type de *tort*, obligatoire. Cela rendrait d'autant plus difficile la défense de l'honneur de la victime et reviendrait à effectuer un choix politique de protection de l'économie au détriment de la morale.

Enfin, alors qu'il est certain qu'il est possible de porter atteinte à la réputation d'une personne morale, il semble que la qualification comme moral du préjudice subi par cette dernière est particulièrement malvenue. En effet, il est difficile de considérer qu'un préjudice autre qu'économique puisse être infligé à une entreprise ¹⁰²¹.

Cela étant dit, les deux actions peuvent très bien se combiner pour une protection totale ¹⁰²².

407 En outre, la Cour suprême d'Alabama a précisé que ce dénigrement ou diffamation commerciale, n'était pas un tort indépendant, mais une sous-catégorie du *tort of interference with contractual or business relations* ¹⁰²³. Cela étant, les traditionnels *torts of libel* ¹⁰²⁴, ou de *slander* ¹⁰²⁵, pourront aussi être appliqués au contexte des affaires ¹⁰²⁶. De la même manière, acceptant l'application des *torts of libel* ou *slander* en matière commerciale,

1020. ANDERSON D.A., « Symposium : DAN B. DOBBS conference on economic tort law : Rethinking defamation. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 1047, 2006.

1021. *Tornston v. Telegraph Media Group Ltd.* [2010] E.W.H.C. 144 (QB).

Voir cependant, *infra*, n°s 718 sqq..

1022. *Griffiths v. Benn* [1911] 27 T.L.R. 346

1023. *City Ambulance, Inc. v. Haynes Ambulance, Inc.*, 431 So. 2d 537, 539 (Ala. 1983)

1024. *Gray v. Wala TV*, 384 So. 2d 1062 (Ala. 1979)

1025. *First Independent Baptist Church v. Southerland*, 373 So. 2d 647 (Ala. 1979)

1026. Alabama Code Annotated, §§ 6-5-180 sqq.

l'Arizona se distingue par la considération que ces actes peuvent aussi être poursuivis pour responsabilité pour *injurious falsehood*¹⁰²⁷.

La Floride précisant en outre qu'en son sein, la règle applicable en matière d'*injurious falsehood* est celle des sections 624 à 626 du *Restatement of Torts*. Ainsi, le dénigrement créateur de responsabilité sera celui portant sur les droits de propriété¹⁰²⁸, ou la qualité de la propriété¹⁰²⁹ de la victime, étant précisé qu'il sera en outre nécessaire que l'auteur reconnaisse la probabilité qu'un préjudice patrimonial en découle.

- 408** *A contrario*, la Californie, fait reposer l'ensemble des cas sur la théorie de *trade libel* ou *commercial disparagement*. En effet, l'utilisation de *trade libel* est, dans ces cas, synonyme au *disparagement*¹⁰³⁰, et notamment aux *disparagement of good* ou *of quality*¹⁰³¹. De la même manière, les Cours d'Ohio évoquent plus volontiers des cas de *commercial disparagement* que de *defamation*¹⁰³².
- À l'inverse, le Connecticut fait reposer l'ensemble sur le *tort of defamation*, le dénigrement commercial étant considéré comme une sous catégorie de la diffamation¹⁰³³.
- Il est donc apparent qu'aux États-Unis, les théories de diffamation et de dénigrement ne sont pas imperméables l'une envers l'autre ;

1027. *Western Tech., Inc. v. Sverdrup & Parcel, Inc.*, 154 Ariz. 1, 4, 739 P.2d 1318, 1321 (Ariz. Ct. App. 1987) ;

Le Colorado, ainsi que le District of Columbia, la Floride, le Maryland, le Mississippi, ou encore le Nouveau-Mexique appliquent de la même façon ce *tort of injurious falsehood* : *TMJ Implant, Inc. v. Aetna, Inc., et al.*, 405 F. Supp. 2d 1242 (D. Colo. 2005) aff'd 498 F.3d 1175 (10th Cir. 2007) ;

Q Int'l Courier, Inc., v. Seagraves, C.A. 95-1554 (RMU), 1999 U.S. Dist. LEXIS *1, 22 (D.D.C. 26 février 1999) ;

State Farm Fire & Gas. Co. v. Compupay, Inc., 654 So. 2d 944, 948 (Fla. 3d DCA 1995) ;

Rite Aid Corp. v. Lake Shore Investors, 298 MD. 611, 617, 471 A.2d 735, 738 (1984) ;

Walley v. Hunt, 54 So. 2d 393, 396 (Miss. 1951) ;

Bacchus, Indus., Inc. v. Arvin Indus., Inc., 939 F.2d 887, 892 (10th Cir. 1991).

L'Arkansas poursuit le même raisonnement, acceptant notamment le *slander of title* : *Sinclair Ref. Co. v. Jones Super Serv. Station*, 188 Ark. 1075, 70 S.W.2d 562 (1934) ;

Ainsi que l'*injurious falsehood* à propos duquel il est précisé qu'il est similaire à l'interférence avec une relation contractuelle : *Scholtes v. Signal Delivery Serv., Inc.*, 548 F. Supp. 487, 496 (W.D. Ark. 1982).

1028. *Slander of title*.

1029. *Trade libel*.

1030. À l'inverse, l'État du Dakota du Sud distingue la *defamation* du *disparagement* qui selon ses juges protègent deux intérêts différents. En effet, le *tort of defamation* aurait pour objet de protéger la réputation alors que celui de *disparagement* protégerait les intérêts économiques.

Voir not. *Gregory's Inc. v. Haan*, 545 N.W.2d 488, 493 (S.D. 1996).

1031. L'expression *slander of good* est également utilisée : *Business Torts 2011 A Fifty State Guide.*, [s.l.] : Aspen Pub, 2010, p.74.

1032. *Toledo Heart Surgeons, Inc. v. Toledo Hosp.*, 154 Ohio App. 3d 694, 696, 798 N.E.2d 694, 696 (Lucas Cty. 2003)

1033. *Qsp, Inc. v. Aetna Cas & Sur. Co.*, 256 Conn. 343, 360 (2001) ;

River Sound Dev. v. Connecticut Fund for the Env't, n° CV044000381S, 2004 Conn. Super. LEXIS 3205 (3 novembre 2004).

Il en est de même pour le Delaware : *Lucent Info. Mgmt., Inc. v. Lucent Techs., Inc.*, 5F. Supp.2d 238, 243 (D.Del 1998) ;

la Louisiane, *Costello v. Hardy*, 844 So. 2d 212 (La. App. 5th Cir. 2003) ;

ou encore le Missouri, *State ex rel. Diehl v. Kintz*, 162 S.W.3d 152 (Mo. App. 2005).

- les *Unlawful means tort* enfin. En effet, de nombreux *malicious falsehood* sont aussi des moyens illégaux, cela étant l'intention diffère parfois, en effet alors que les moyens illégaux ont pour but d'attaquer le concurrent, ce n'est pas toujours le cas des mensonges malveillants¹⁰³⁴ ;
- le *passing off* ensuite, chez lequel la réputation est aussi en jeu cela étant, dans les cas de *passing off* il est davantage question de profiter d'une réputation lumineuse plutôt que de rabaisser le concurrent¹⁰³⁵.

III Le *passing off* .

- 409** Il s'agira ici, après avoir brièvement présenté et défini ce *tort* (A), d'en dégager les éléments en permettant la qualification (B).

A Présentation générale .

- 410** Il s'agit du tort le plus utilisé et en réalité d'un *tort of strict liability*, autrement dit d'un acte dommageable extra contractuel engageant la responsabilité.

La plupart des commentateurs font de ce dernier la base de développement de la concurrence déloyale.

Depuis *Spalding v. Gamage*, le *passing off* n'est plus attaché au nom ou à la marque d'un produit ou d'une entreprise¹⁰³⁶, il est devenu un tort de fausse déclaration, protégeant « les indicateurs par lesquels, lors du processus de concurrence commerciale, un concurrent distingue ses produits ou services de ceux des autres »¹⁰³⁷. Le but est alors de protéger la fiabilité de l'information ce qui protège les concurrents, les consommateurs et donc *in fine* l'intérêt public¹⁰³⁸.

- 411** La « fraude » n'est plus requise, mais les Cours peuvent s'appuyer sur l'existence de la volonté de tromper de l'auteur pour inférer que la tromperie est arrivée ou était possible. La « fraude » ici entendue n'est pas celle qui est généralement soulevée en Europe. En effet, la *fraud* connue de la *common law* couvre « tout ce qui est calculé pour tromper ; incluant toutes les actions, omissions, et dissimulation impliquant un manquement à une obligation légale ou d'équité, de confiance, ou sur quoi reposait justement la confiance, causant un dommage à un autre ou par lequel un avantage indu et déraisonnable est pris d'un autre »¹⁰³⁹. Dit autrement,

1034. *Wilts United Dairy v. Robinson* [1957] R.P.C. 220 ;

Pour une étude de l'*Unlawful means tort*, voir p. 119 sqq..

1035. *Schulke & Mayr UK Ltd. v. Alkapharm UK Ltd.* [1999] FSR 161.

1036. *Cadbury Schweppes v. Pub Squash Co.* [1981] RPC 429 PC.

1037. CORNISH W.R., « The international Relations of Intellectual Property. », *Cambridge Law Journal*, vol. 52, n° 46, 1993.

1038. NARESH S., « Passing Off, Goodwill and False Advertising : New Wine in Old Bottles. », *Cambridge Law Journal*, vol. 45, n° 97, 1986.

1039. KLEIN A.R., « Symposium : DAN B. DOBBS conference on economic tort law : Comparative fault and fraud. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 983, Winter 2006.

la fausse présentation sur laquelle repose ce *tort* peut être opérée de manière frauduleuse ou par négligence. La fraude sera constituée si différentes conditions sont réunies. En effet, une présentation fausse est frauduleuse quand elle est faite par quelqu'un qui :

- sait ou croit que ce qu'il présente n'est pas comme il le présente ;
- ne croit pas en la fidélité des présentations qu'il fait ou insinue, ou ;
- sait qu'il n'a pas les bases lui permettant de faire ou d'insinuer une telle présentation.¹⁰⁴⁰

412 Pour sa part, la présentation fausse faite par négligence, dont le caractère créateur de responsabilité sera plus difficile à apporter, sera définie comme la déclaration fausse faite par inadvertance ou manque de diligence et devra répondre aux conditions suivantes pour être créatrice de responsabilité. Ainsi, il sera nécessaire que :

- L'auteur, en raison d'un manque de soin envers la victime, fasse négligemment une affirmation fausse ;
- Le défendeur souhaite que son affirmation soit suivie par la victime ;
- Le défendeur sache que la victime va probablement suivre son affirmation, qui si elle est fausse, lui causera un préjudice ;
- La victime agisse par confiance en l'affirmation ;
- La victime souffre d'un dommage causé par la négligence de l'auteur.¹⁰⁴¹

Dans de tels cas, c'est-à-dire, où la responsabilité sera fondée sur la négligence, l'auteur ne sera sujet à responsabilité si, et seulement si, il avait failli dans son obligation de soin ou de compétence d'un homme raisonnable dans l'obtention ou la communication de l'information.¹⁰⁴²

413 À l'inverse, l'État d'Oregon n'a pas choisi d'adopter la position du Restatement sur ce point,

Voir aussi : définition de Restatement (Second) of Torts §525 (1977) : « a misrepresentation of fact, opinion, intention or law for the purpose of inducing another to act or to refrain from action in reliance upon it, is subject to liability to the other in deceit for pecuniary loss caused to him by his justifiable reliance upon the misrepresentation ».

1040. YAHYA M.A., « Can I sue without being injured ? : Why the benefit of the bargain theory for product liability is bad law and bad economics. », *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 3, n° 83, Winter 2005.

1041. *Ibid.*

1042. Voir en ce sens, Restatement, Second, Torts, §552 : « One Who, in the course of his business, profession or employment, or in any other transaction in which he has a pecuniary interest, supplies false information for the guidance of others in their business transaction, is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their justifiable reliance upon the information, if he fails to exercise reasonable care or competence in obtaining or communicating the information ».

Cette position est notamment suivie par l'État du Colorado : voir *First Nat'l Bank v. Collins*, 616 P.2d 154 (Colo. App. 1980) ; *Robinson v. Poudre Valley Fed. Credit Union*, 654 P.2d 861 (Colo. App. 1982) ;

du Connecticut, *Savings Bank of Manchester v. Ralio Fin. Servs.*, 91 Conn. App. 386, 389-390 (2005) ;

du District of Columbia, *Remeikis v. Boss & Phelps, Inc.*, 419 A.2d 99 (D.C. 1980) ;

de Floride, *Vesta Constr. and Design, L.L.C. v. Lotspeich & Assocs., Inc.*, 974 So. 2d 1176, 1182-1183 (Fla. 5th DCA 2008) ;

mais plutôt de pratiquer une étude cas par cas des situations. Cela étant, une synthèse des jurisprudences de l'Oregon¹⁰⁴³ permet de voir que ce délit repose sur neuf éléments, dont la clé est de savoir si l'auteur des déclarations avait une obligation particulière envers la victime avec laquelle il avait une relation, conformément au droit de la *common law* imposant un soin raisonnable, s'approchant de la diligence professionnelle entendue en Europe, permettant de prévenir des préjudices prévisibles. Cette obligation de soin, s'expliquant notamment par le fait que l'auteur agit au moins pour partie à la poursuite des intérêts économiques de la victime, et est donc absente lorsqu'il n'y a aucune relation économique entre les parties¹⁰⁴⁴. Les juridictions d'Oregon élargissant cette obligation à tous les fournisseurs d'information à titre onéreux, exclusion faite des personnes donnant un avis en dehors de leur sphère de compétence¹⁰⁴⁵.

Cette différence de régime s'explique du fait de la différence des comportements. En effet, alors que dans le cas d'une présentation trompeuse effectuée de manière frauduleuse, l'auteur sera responsable pour avoir violé l'obligation générale de bonne foi ou d'honnêteté, la présentation trompeuse effectuée de manière négligente, ne sera que le résultat de l'échec quant au niveau de soin requis dans de telles circonstances et ce, même si l'auteur avait agi honnêtement et de bonne foi¹⁰⁴⁶.

- 414** Ce *tort* vise à améliorer l'information des consommateurs et à lutter contre une tromperie possible¹⁰⁴⁷. C'est pourquoi, l'arrêt *Neutrogena Corp. v. Golden Ltd.*¹⁰⁴⁸ précisait que le bon test était d'essayer de connaître les probabilités qu'un nombre substantiel des membres du public visé serait trompé en achetant les produits du défendeur en pensant qu'il s'agissait de ceux du demandeur.

Pour établir cette probabilité, il est fait référence, d'une part, au consommateur probable, c'est-à-dire qu'il ne s'agira pas obligatoirement des consommateurs ayant déjà fait l'acquisition

de l'Iowa, *Sain v. Ceda Rapids Community Sch. Dist.*, 626 N.W.2d 115, 123 (Iowa 2001) ;

du Kansas, *Mahler v. Keenan Real Estate*, 255 Kan. 593, 604, 605, 876 P.2d 609, 616 (1994) ;

du Kentucky, *Presnell Constr. Managers, Inc. v. EH Constr., LLC*, 134 S.W.3d 575, 580 (Ky. 2004) ;

du Maine, *Chapman v. Rideout*, 568 A.2d 829, 830 (Me. 1990) ;

du Montana, *Durbin v. Ross*, 276 Mont. 463, 472, 916 P.2d 758, 764 (1996) ;

du Nebraska, *Gibb v. Citicorp Mortgage, Inc.*, 246 Neb. 355, 370, 518 N.W.2d 910, 921 (1994) ;

du Nevada, *Barmettler v. Reno Air Inc.*, 114 Nev. 441, 449, 956 P.2d 1382 (1998) ;

de l'Oklahoma, *Stroud v. Arthur Anderson & Co.*, 2001 OK 76, 34, 37 P.3d 783, 794 ;

de Pennsylvanie, *Bilt-Rite Contractors, Inc. v. The Architectural Studio* 866 A.2d 287 (Pa. 1995) ;

du Tennessee, *Robinson v. Omer*, 952 S.W.2d 423, 426-427 (Tenn. 1997) ;

du Vermont, *Howard v. Usiak*, 172 Vt. 227, 230-231, 775 A.2d 909, 912-913 (2001) ;

de Washington, *Haberman v. Wash. Pub. Power Supply Sys.*, 109 Wn.2d 107, 161-161, 744 P.2d 1032, 1067 (1987).

1043. Business Torts 2011 A Fifty State Guide., [s.l.] : Aspen Pub, 2010, p. 703-704.

1044. *Onita v. Trustees of Bronson*, 315 Ar. 149, 159-161, 843, P.2d 890 (1992).

1045. *Lindstrand v. Transamerica Title Ins. Co.*, 127 Or. App. 693, 697-698, 874 P.2d 82 (1994).

1046. *Agri Affiliates, Inc. v. Bones*, 265 Neb. 798, 805, 660, N.W.2d 168, 175 (2003).

1047. *Cadbury Schweppes v. Pub Squash Co.* [1981] RPC 429 PC.

1048. [1996] RPC 473.

du produit ¹⁰⁴⁹, mais des consommateurs dont la possibilité d'acheter le produit est existante ¹⁰⁵⁰. Et d'autre part, aux consommateurs normalement soucieux et attentionnés ¹⁰⁵¹, étant toutefois pris en compte leur niveau d'éducation et de connaissance quant au produit en question ¹⁰⁵².

De la même manière, les conditions d'achat sont elles aussi prises en compte ¹⁰⁵³. En ce sens sont favorisés les témoignages de personnes trompées aux constats d'experts ¹⁰⁵⁴.

- 415** Une autre différence s'impose par rapport au régime de la directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales. Celle-ci concerne les personnes pouvant être trompées, alors que la directive européenne, ne se préoccupe que des pratiques vis-à-vis des consommateurs, ici, est alors prise en compte une catégorie de trompés potentiels plus large, ce qui permet un cadre de réglementation plus large et donc plus homogène. En effet, dans la plupart des cas il est fait référence au monde au sens large : les fournisseurs pouvant eux aussi faire partie des victimes probables ¹⁰⁵⁵.

Ici encore, cette situation s'explique par le choix d'une réglementation de droit commun appliquée aux situations particulières de droit de la consommation.

En outre, comme dans ce qui est connu en France comme les agissements parasitaires, la proximité des parties sur le marché rend ici plus facile la démonstration de la probabilité de confusion, mais la situation de concurrence n'est pas nécessaire, un champ commun d'activité est tout au plus parfois demandé ¹⁰⁵⁶, mais cette situation n'est pas obligatoire ¹⁰⁵⁷.

- 416** Face à cette ouverture des cas possibles, l'auteur de la pratique pourra utiliser pour sa défense, d'une part, l'autorisation d'une utilisation honnête du même nom ou, contrairement à ce qui est retenu en Europe, de son propre nom. Cela étant, cette possibilité doit être nuancée. En effet, cette utilisation devra être limitée à être utilisée comme nom de l'entreprise et non comme marque déposée sur un produit ¹⁰⁵⁸.

Et d'autre part, la possibilité de partage de clients.

1049. *Illustrated Newspapers Ltd. v. Publicity Services Ltd.* [1938] Ch 414

1050. *Novelty Pte. Ltd. v. Amanresorts Ltd.* [2009] FSR 20, CA of Singapore.

1051. *Bollinger v. Costa Brava Wine* [1961] 1 All. ER 561.

1052. *Ibid.* ;

Guccio Gucci SpA v. Paolo Gucci [1991] FSR 89.

1053. *HFC Bank plc v. Midland Bank plc* [2000] FSR 176 ;

Kimberley-Clark Ltd v. Fort Sterling Ltd. [1997] FSR 877 ;

Jif Lemon [1990] 1 WLR 491.

1054. *Neutrogena Corp. v. Golden Ltd* [1996] RPC 473 ;

State v. O'Neill Investigations, Inc., 609 P.2d 520 (Alaska 1980).

1055. *Woolworth (FW) & Co. v. Woolworths (Australasia) Ltd.* [1930] 47 RPC 337.

1056. *McCulloch v Lewis A May* [1947] 65 RPC 58 ;

Wombles v. Wombles Skips [1977] RPC 99 ;

Taverner Rutledge v. Trexapalm Ltd. [1977] RPC 275.

1057. *Irvine v. Talksport Ltd* [2002] EWHC 367 (Ch), [2002] 1 All ER 845.

1058. *Marengo v. Daily Sketch* [1948] 65 RPC 242 ;

Parker Knoll Ltd. v. Knoll International [1962] RPC 265 ;

Biba group Ltd. v. Biba Boutique [1980] RPC 413.

B La qualification du *tort* par la *Classic Trinity* .

417 La qualification du *passing off* se fait grâce à ce qui a été appelé la *classic trinity*¹⁰⁵⁹. Il est défini comme la présentation fausse, faite par un commerçant, vers ses clients prospectés, délibérément dans le but d'atteindre les affaires ou l'élément attractif de clientèle d'un autre, et qui lui porte donc atteinte ou le fera probablement¹⁰⁶⁰. Cela étant, ces cinq conditions ne sont pas toujours requises¹⁰⁶¹, la volonté étant d'élargir ce *tort* en un délit général de concurrence déloyale¹⁰⁶² ce qui obscurcissait et complexifiait sa mise en œuvre, c'est pourquoi les Cours ont appliqué la trinité classique constituée d'une présentation fausse, d'un élément attractif de clientèle et d'un dommage, chaque élément étant lié à l'autre et le conditionnant¹⁰⁶³.

1 La présentation fausse .

418 Dans tous les cas, cette présentation fausse pourra être définie comme l'acte de faire une déclaration fausse ou trompeuse sur quelque chose, généralement dans le but de tromper¹⁰⁶⁴. Différentes catégories de présentations fausses sont prises en compte par le *passing off*.

En effet, la présentation fausse peut porter sur plusieurs éléments.

Seront alors distinguées, la présentation fausse portant sur la source du produit (a), de celle portant sur le produit lui-même (b).

a La présentation fausse à propos de la source du produit .

419 Trois cas de présentations fausses quant à la source du produit peuvent être distingués.

Le cas classique, où l'auteur aura présenté ses produits comme provenant de la victime (n° 420.) ; le cas de la présentation fausse des produits de la victime (n° 421.) ; ou encore le cas où l'auteur se présentera de manière parasitaire comme étant lié à la victime (nos 422 sqq.).

❖ Le cas classique de présentation fausse .

420 Le cas classique, résumé par LORD HALSBURY¹⁰⁶⁵, est celui où le défendeur présente ses

1059. *Vennootschap v. J Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1979] AC 731 (HL) 742 ;
Reckitt & Colman Prods. Ltd. v. Borden, Inc., [1990] RPC 341 (HL) 406 (UK) ;
BMW Canada, Inc. v. Nissan Canada, Ind., [2007] FCJ n° 991, p 30 (Can. Ont.)

1060. *Warnink (Erven) BV v. Townend and Sons Ltd.* [1979] 1C 731, HL ;
Spalding v. Gamage [1915] 84 LJ Ch 449.

1061. *Mirage v. Counter Feat Clothing* [1991] FSR 145.

1062. DWORKIN G., « Unfair Competition : Is the Common Law developing a new Tort ? », *European Intellectual Property Review*, n° 241, 1979.

1063. *Warnink (Erven) BV v. Townend and Sons Ltd.* [1979] 1C 731, HL ;
Reckitt & Coleman Products v. Borden, Inc., [1990] RPC 341 (HL) 406 (UK) ;

produits comme ceux du demandeur, ici, le consommateur croit que le demandeur est la source du produit, c'est pourquoi ce cas est nommé *pure source misrepresentation*.

Cette approche rejoint ici la logique poursuivie par le droit des marques. En effet, la fonction d'une marque n'est pas seulement d'indiquer une source connue, mais aussi d'assurer au consommateur que les produits proviennent de la même source.

Comme en droit européen, la source ne doit pas être descriptive et ne pas se contenter de faire appel au langage commun¹⁰⁶⁶.

Cette source n'est pas que la marque, elle peut en outre découler des caractéristiques non verbales ou de la présentation d'un produit¹⁰⁶⁷ ; sera par exemple, pris en compte le *packaging* de ce produit¹⁰⁶⁸.

Enfin concernant le produit, une distinction est opérée entre ce qui est appelé le *fonctionnel* et le *capricious* « *get-up* », cette dernière est identique à la distinction connue en Europe selon les caractéristiques de présentation fonctionnelles et celles qui ne le sont pas étant précisé qu'ici comme dans les États de *common law* seules les dernières sont protégées¹⁰⁶⁹.

❖ La description fausse des produits du demandeur .

421 Cette situation a été théorisée de la manière suivante : « A ne peut pas, sans atteindre les droits de B, représenter des produits qui ne sont pas ceux de B ou ceux de B appartenant à une certaine qualité ou classe comme tels »¹⁰⁷⁰.

Puis ont été admises comme entrant dans le cadre de ce cas les situations où le défendeur se déclarait fournisseur du demandeur alors que ses produits étaient de moins bonne qualité. En effet, une telle situation serait aussi dommageable pour le demandeur que si le défendeur présentait les produits qu'il propose comme émanant du demandeur.

En outre, ce cas est utilisé pour lutter contre les marchés alternatifs que sont le marché noir et le marché gris. Le marché noir propose des produits qui ont été rejetés par les marques, car par exemple ne correspondant pas aux critères demandés par elles. Le marché gris quant à lui propose des produits vendus par la marque sur d'autres marchés respectant d'autres réglementations ou conditions de qualité¹⁰⁷¹ ; étant précisé que le producteur devra s'assurer lui-même

Elvis Presley Trade Marks [1997] RPC 543.

1064. YAHYA M.A., « Can I sue without being injured ? : Why the benefit of the bargain theory for product liability is bad law and bad economics. », *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 3, n° 83, Winter 2005.

1065. *Reddaway v. Banham* [1896] 1C 199, 204 « *no man has any right to represent that his goods are the goods of somebody else* » ;

accepté comme principe général dans *Spalding v. Gamage* ;

et nommé « *classic* » case dans *Advocaat : Erven Warnink BV v. Townend & Sons Ltd* [1979] AC 731

1066. *Ark. Trophy Hunters Ass'n v. Tex. Trophy Hunters Ass'n*, 506 F. Supp. 2d 277 (W.D. Ark. 2007).

1067. *Tots Toys v. Mitchell* [1993] 1 NZLR 325.

1068. *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.* [1990] 1 WLR 491, HL.

1069. *J B Williams Co. v. H Bronnley & Co.* [1909] 26 RPC 765.

1070. *Spalding v. Gamage* [1915] RPC 273.

1071. *Colgate-Palmolive Ltd. v. Markwell Finance Ltd* [1989] RPC 497 ;

que les produits vendus sur les différents marchés sont différenciables¹⁰⁷². Ce marché gris peut autrement être défini comme un réseau de distribution non autorisé pour des produits légaux. En effet, alors que dans le marché noir c'est le produit lui-même qui est interdit, dans le marché gris, c'est le moyen de distribution qui pose problème. Ce sera par exemple la vente en Europe de produits destinés au marché américain. La question se posera notamment lorsqu'un producteur situé dans un pays A se liera avec un distributeur situé dans un pays B pour une distribution exclusive de ses produits et qu'un autre distributeur situé dans un autre pays que B distribuera sans accord ce même produit. Or, selon cette seconde définition, le marché gris n'est pas aussi négatif que le marché noir. En effet, il pourra notamment permettre d'éviter la contrefaçon, et se développera le plus souvent, où le marché blanc, le marché officiel, ne se sera pas développé, par faute d'attractivité commerciale de la zone¹⁰⁷³.

Finalement il convient de rappeler qu'un tel recours au marché gris peut être poursuivi sur la base du *Lanham Act*¹⁰⁷⁴.

❖ La présentation fausse d'un lien entre les affaires de l'auteur et de la victime .

422 Enfin, est prise en compte une variante de la *source misrepresentation*, nommée la *connection misrepresentation* dans laquelle l'auteur présente ses affaires ou ses produits comme étant connectés aux affaires ou aux produits de la victime¹⁰⁷⁵. C'est par exemple le cas lorsqu'un concurrent se présente comme un *authorized dealer*, c'est-à-dire un vendeur particulièrement agréé par la victime¹⁰⁷⁶.

Peuvent être enfin prises en compte, toutes les situations dans lesquelles le demandeur apparaîtra comme responsable de la qualité des produits ou services du défendeur. À ce titre, la situation des sponsors ou supports financiers est encore débattue par la jurisprudence¹⁰⁷⁷. Cela étant, il est reconnu tant aux États-Unis, qu'au Royaume-Uni, ou qu'en Australie, que le consommateur doit être protégé contre la croyance que le demandeur approuve, soutient ou est, par quelle que manière que ce soit, lié aux biens ou services du défendeur¹⁰⁷⁸. Ainsi, la lutte contre ce qui est appelé le *false endorsement* rejoint les *merchandising rights* pouvant être traduits comme les droits concernant les produits dérivés.

Revlon Inc. v. Cripps & Lee Ltd. [1980] FSR 85

Spalding v. Gamage [1915] RPC 273 ;

Société des produits Nestlé, SA v. Casa Helvetica, Inc., [1992] 982 F 2d 633, 644.

1072. *Heidsieck v. Buxton* [1930] 1 Ch 330.

1073. GHOSH S., « Gray markets in cyberspace. », *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 7, n° 1, Fall 1999.

1074. *Original Appalachian Artworks, Inc. v. Granada Electronics, Inc.* (1987, CA2 NY) 816 F2d 68, 2 USPQ2d 1343, 1987-1 CCH Trade Cases P 67523, cert den (1987) 484 US 847, 108 S Ct 143, 98 L Ed 2d 99.

Pour une étude du *Lanham Act*, voir. n° 211.

1075. *Harrods Ltd. v. Harrod* [1924] 41 RPC 74

1076. *Sony v. Saray* [1983] FSR 30, CA.

1077. *Harrods v. Harrodian School* [1996] RPC 697.

1078. *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, [1992] 978 F 2d 1093, 1110-11.

En effet, lors de ces pratiques, l'apposition de la marque sur les biens n'est pas effectuée pour montrer l'origine du produit, mais pour capitaliser sur l'affection des consommateurs par rapport à la marque¹⁰⁷⁹. Cette situation est sanctionnée en Europe par des équivalents des agissements parasitaires français, mais certains États continuent de demander un état de concurrence afin de sanctionner la pratique, ce qui réduit d'autant plus la protection¹⁰⁸⁰.

Au Royaume-Uni, cette pratique est autorisée sauf lorsqu'elle trompe sur l'origine du produit, à ce titre, les droits des personnes publiques ne sont pas aussi protecteurs que ceux des États-Unis¹⁰⁸¹.

Aux États-Unis, cette pratique est aussi autorisée sauf si les consommateurs sont susceptibles de croire que le titulaire de la marque, ou la célébrité est la source réelle du bien¹⁰⁸². Cette considération de l'indication d'origine comme objectif principal de la marque permet dès lors l'emploi de cette dernière ou d'une copie de celle-ci, si cette dernière ne trompe pas sur son origine et ne bénéficie de manière parasitaire de cet acte de copie. Ces deux points constituant le test dit de *Rogers*¹⁰⁸³, appliqué aux créations artistiques utilisant des marques, et a récemment été appliqué au cas d'un créateur de jeux vidéo qui avait utilisé des éléments distinctifs d'un équipementier militaire afin de rendre son jeu plus réaliste. Il a été considéré que comme l'action ne créait aucune confusion dans l'esprit du consommateur sur un supposé lien entre le jeu et l'équipementier et que le premier amendement devait prévaloir l'interdiction d'une utilisation née d'un droit de propriété intellectuelle¹⁰⁸⁴.

À l'inverse, une telle exception n'a pas été appliquée au cas où le créateur de jeux vidéo se basait sur d'anciennes stars de football américain considérant que les personnages n'étaient pas suffisamment différents ou transformés¹⁰⁸⁵.

423 Parallèlement, il est important de préciser que malgré la valeur pouvant être rattachée à une personnalité, celle-ci ne peut pas être considérée comme une marque déposée en tant que telle. En effet, la marque déposée est définie comme « tout mot, nom, symbole, ou formule, ou toute combinaison de ces derniers [...] utilisés par une personne [...] pour identifier ou distinguer ses biens [...] de ceux fabriqués ou vendus par d'autres et pour indiquer la source des biens [...] ». »¹⁰⁸⁶. La seule célébrité ne suffit donc pas à faire d'un nom une marque, encore doit-il y avoir une proposition de biens ou de services¹⁰⁸⁷. Le régime protecteur de la marque ne suffisant

1079. DOGAN S.L. et LEMLEY M.A., « The Merchandising Right : Fragile Theory or Fait Accompli ? », *Emory Law Journal*, vol. 54, n° 461, 472, 2005.

1080. *Character merchandising in Europe*, London ; Boston : Kluwer Law International, 2003

1081. LAFRANCE M., « Passing off and unfair competition : conflict and convergence in competition law. », *Michigan State Law Review*, vol. 2011, n° 1413, 2011.

1082. *Ibid.*

1083. *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 944 (1989)

1084. *Mil-Spec Monkey, Inc. v. Activision Blizzard, Inc.*, No. 14-cv-2361 (N.D. Cal. Nov. 24, 2014)

1085. *Michael Davis, et al. v. Electronic Arts, Inc.*, case n° 12-15737 (9th Cir., 6 janvier 2015).

1086. Étant précisé que la *service mark* est définie dans des termes très similaires. voir 15 USC §1127 (2006).

1087. *Chung, Mong Koo v. Individual*, WIPO Arbitration and Mediation Center Case n° D2005-1068, 2005 WL 3841676, § 6 (Dec. 21, 2005)

pas, il a été adopté l'idée selon laquelle la célébrité devait être protégée comme le nom d'un auteur doit être protégé pour son travail créatif, le problème était que la célébrité à laquelle cette protection était appliquée n'était pas toujours un auteur¹⁰⁸⁸.

424 Cela étant, plusieurs raisons peuvent justifier la protection du nom d'une célébrité. D'abord, la protection de ses intérêts commerciaux lorsque la célébrité est lancée dans des activités économiques, ce fut par exemple le cas pour TYRA BANKS ou PARIS HILTON. Ensuite, la lutte contre l'enrichissement injuste de la personne qui obtiendra des profits sur la seule utilisation du nom de la célébrité. Enfin, une volonté de contrôler le contenu à leur propos.

425 Ainsi peut être fait un parallèle entre le *passing off* employé au Royaume-Uni afin de protéger les personnes publiques de l'utilisation commerciale de leur nom, et le *right of publicity* américain¹⁰⁸⁹.

En effet, le droit au contrôle de l'utilisation commerciale de l'identité de quelqu'un a débuté dans le domaine de la vie privée qui se concentrait sur « l'atteinte à la dignité et le traumatisme psychique éprouvés lorsque son identité a été largement diffusée pour un usage commercial illicite »¹⁰⁹⁰. Il s'agissait alors ici du droit au respect de la vie privée entendu aux États-Unis sous la dénomination de *right of privacy*¹⁰⁹¹. Cette interdiction ayant ensuite été étendue à toute utilisation de l'identité de la victime et non plus dans le seul cas d'utilisation dans une publicité¹⁰⁹². Mais par la suite, les personnalités sont venues se plaindre du caractère lucratif de l'utilisation, souhaitant un contrôle dans toutes circonstances de l'utilisation de leur identité¹⁰⁹³. Ce fut ainsi le cas lors de l'affaire *Haelen v. Topps Chewing Gum*¹⁰⁹⁴, où lors de l'utilisation de l'image d'un joueur professionnel de Baseball pour promouvoir un produit, la Cour a reconnu qu'une personnalité avait un droit de propriété sur ses photographies, qui lui offre « le droit d'accorder le privilège exclusif de publier ces photographies ». C'est donc ce passage d'un

1088. *Roberts v. Boyd*, WIPO Arbitration and Mediation Center Case n° D2000-0210, 2000 WL 33674395, § 6 (May 29, 2000).

1089. Restatement, Third, Unfair Competition §46 (1995) ;

DOUGHERTY F.J., « Symposium international rights of publicity : Symposium : Foreword : The right of publicity - Toward a comparative and international perspective. », *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, vol. 18, n° 421, 1998 ;

MERVYN A.A., « The Marilyn Monroe effect : The postmortem right of publicity's property interests must survive a personality's death in jurisdiction worldwide. », *Southwestern Journal of International Law*, vol. 19, n° 181, 2012.

1090. MCCARTHY J., *The Rights of Publicity & Privacy*, Seconde édition, [s.l.] : Clark Boardman Callaghan, 3 avril 2012 ;

DOBBS D.B., *The law of torts*, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series) ;

Pavesich v. New England Life Ins. Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905) ;

Kunz v. Allen, 102 Kan. 883, 172 P. 532 (1918) ;

Flake v. Greensboro News Co., 212 N.C. 780, 195 S.E. 55 (1938)

1091. Équivalent du droit à l'image français protégé par l'article 1382 du Code civil.

1092. *Hinish v. Meier & Frank Co., Inc.*, 166 Or. 482, 113 P.2d 438 (1941).

1093. MCCARTHY J., *The Rights of Publicity & Privacy*, Seconde édition, [s.l.] : Clark Boardman Callaghan, 3 avril 2012.

1094. *Haelan Lab. Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

droit de la personnalité vers un droit de propriété qui élargissait le *right of publicity* ou *invasion of privacy* en dehors de limites traditionnelles de protection de la dignité, se rapprochant alors davantage du champ de la propriété intellectuelle ou de la concurrence déloyale.

Ainsi, le *Restatement* rappelle que celui qui s'approprie, pour son propre usage ou bénéfice, le nom ou l'apparence d'un autre est sujet à responsabilité envers l'autre pour la violation de sa vie privée ¹⁰⁹⁵.

426 Enfin, ce droit de propriété est plus efficace que l'utilisation du *passing off*, car contrairement à ce dernier, le *right of publicity* ne demande pas de preuve d'un dommage ¹⁰⁹⁶. Cette difficulté fut notamment rencontrée par le groupe suédois Abba qui retrouva sa demande en indemnisation rejetée du fait qu'il ne vendait pas de marchandises concurrentes ¹⁰⁹⁷.

Il est d'ailleurs intéressant de soulever que l'État de New York notamment, a repris cette interdiction. En effet, celui-ci interdit l'utilisation de mauvaise foi du nom d'une personne vivante, ou d'un nom pouvant créer la confusion, dans l'enregistrement d'un nom de domaine ¹⁰⁹⁸. La mauvaise foi sera pour sa part déterminée à l'aune de plusieurs facteurs dont :

- Le droit de propriété de la personne repris dans le nom de domaine ;
- La mesure dans laquelle le nom de domaine se compose du nom de la personne ou de celui utilisé pour l'identifier ;
- L'usage antérieur fait par la personne censée violer cet article, du nom de domaine dans le cadre d'une offre de bonne foi de biens ou services ;
- Le caractère non commercial ou légitime de l'utilisation ;
- L'intention d'attirer les consommateurs par l'utilisateur du nom de domaine ;
- L'intention de transférer ou vendre le nom de domaine à la personne sans l'avoir utilisé au préalable ¹⁰⁹⁹ ;
- L'utilisation par l'utilisateur du nom de domaine d'informations de contact fausses ;
- L'acquisition ou l'enregistrement de plusieurs noms de domaine identiques ou confusément similaires ;
- Le consentement du propriétaire légitime du signe ;
- L'intention de tromper le public.

427 Cependant, bien que l'utilisation de ce *right of publicity* soit particulièrement protecteur,

1095. *Restatement*, Second, Torts, §652C (1977).

1096. BEVERLEY-SMITH H., *Commercial appropriation of personality*, Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2002.

1097. *Lyngstad v. Anabas Prods. Ltd.*, 3 F.S.R. 62 (1977).

1098. New York Consolidated Law Service, General Business Law §148 ;
Voir de la même manière, California Business & Professions Code, §17525.

1099. Il s'agira alors de cybersquatting, v. §435

le Royaume-Uni refuse de l'intégrer à son arsenal juridique. En effet, un arrêt récent est venu apporter certaines précisions à ce sujet.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : TOPSHOP, un vendeur de mode réputé avait dès mars 2012 commencé à vendre des t-shirts à l'effigie de la chanteuse RIHANNA.

Or, si TOPSHOP avait obtenu une licence de la part du photographe, ce n'était pas le cas vis-à-vis de la chanteuse.

Cette dernière, considérant que cette mise sur le marché contrevenait à ses droits, a donc agi contre TOPSHOP¹¹⁰⁰.

Tout d'abord, il convient, tel que le rappelle le juge BIRSS de préciser qu'aucun droit à l'image n'existe en Angleterre¹¹⁰¹. Or, la vie privée de l'artiste en l'espèce n'avait pas été atteinte.

Dès lors, seul le *tort de passing off* paraissait efficace à un cas de la sorte.

Il s'agissait alors pour la victime de démontrer qu'elle détenait un élément attractif de clientèle, que la pratique était trompeuse, notamment sur le fait que la vente du produit était autorisée par elle, et enfin que cette présentation trompeuse nuisait à son attractivité commerciale.

Si la démonstration de l'attractivité commerciale de cette célébrité de renommée internationale ne posait pas de difficultés, notamment puisqu'elle avait développé une stratégie forte de vente de produits dérivés, notamment de mode¹¹⁰². La difficulté apparaissait en ce qui concerne la présentation trompeuse.

Bien sûr, l'image de RIHANNA est apposée sur le produit, mais rien ne laisse penser que l'origine du produit est la chanteuse¹¹⁰³.

Cela étant, il a été jugé qu'il doit être considéré que les consommateurs sont aujourd'hui bien informés du développement de processus de *merchandising*, et savent donc que l'endossement des produits par les célébrités est courant.

Cependant, un tel constat n'empêche pas le fait que tous les consommateurs ne souhaitent pas obligatoirement acheter un produit autorisé par la célébrité ; ils peuvent se contenter de baser leur achat sur le produit lui-même.

Mais l'auteur de la pratique avait cultivé une image de proximité avec les stars représentées sur ses produits, et avait notamment *twitté* sur la présence de RIHANNA dans son magasin ce qui induisait donc nécessairement l'agrément de cette dernière et conférait à ce dernier un avantage concurrentiel injustifié vis-à-vis de la célébrité devant être dédommée.

428 Ainsi sanctionné, TOPSHOP a fait appel de la décision et la troisième chambre civile de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galle a rendu une décision de rejet¹¹⁰⁴.

1100. *Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands, Ltd. (t/a Topshop) & Anor* [2013] EWCH 2310 (Ch) (31 juillet 2013).

1101. Il renvoie à ce titre à l'affaire *Douglas v. Hello !* et précise qu'il existe bien un droit au respect de la vie privée (*right of privacy*), mais pas de droit à l'image.

1102. Voir Juge BRISS points 38 à 46.

1103. En effet, cette dernière avait notamment développé un logo, dit *R-Slash* qui n'apparaissait pas sur les vêtements vendus par TOPSHOP.

1104. *Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands, Ltd. (t/a Topshop) & Anor* [2015] EWCA Civ. 3 (22 janvier 2015).

En effet, le juge KITCHIN, après avoir rappelé qu'il n'existait pas de droit à l'image en Angleterre, a précisé que le *passing off* n'est pas destiné à protéger une personne contre la compétition ou même contre la vente de produits identiques, même copiés, il vise à protéger son élément attractif de clientèle, à éviter qu'une personne fasse passer ses biens ou services pour ceux d'un autre ¹¹⁰⁵.

Dès lors, les trois éléments cités par la Haute Cour étaient nécessaires.

Cela étant, s'appuyant sur l'arrêt *Irvine v. Talksport, Ltd.* ¹¹⁰⁶, le juge KITCHIN précise qu'une distinction doit être opérée entre le *merchandising* qui serait l'exploitation d'images, de concepts, ou d'articles qui seraient devenus célèbres, et l'agrément ¹¹⁰⁷ qui suppose un lien et un accord qualifié pour la commercialisation du produit.

Or, ce ne serait que cet agrément qui serait susceptible de tromper sur l'origine du bien. C'est ainsi justement qu'avait jugé le juge BRISS que les faits de l'espèce, c'est-à-dire, la publicité mettant en avant une proximité avec les célébrités et le *twitte* faisant part de la présence de RIHANNA dans le magasin laissait supposer que la célébrité avait agréé le produit et sa vente ce qui était faux et donc engageait la responsabilité de l'auteur de la pratique.

- 429** À l'inverse, aux États-Unis, où le *right of publicity* est reconnu et protégé, le bénéficiaire d'une telle image pourra agir sur les deux fondements, et ce même si la personne dont l'image est utilisée est décédée lors de l'utilisation ¹¹⁰⁸.

Enfin, outre les cas où la présentation fausse porte sur la source du produit, celle-ci peut porter sur le produit lui-même.

b La présentation fausse à propos du produit .

- 430** Ici, deux situations peuvent être distinguées : l'inverse du *passing off* classique, c'est-à-dire le cas où l'auteur présentera les produits de son concurrent, ou la qualité de ces derniers comme étant siens (n° 431) ; ou le *passing off* élargi permettant d'élargir la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle aux éléments descriptifs (n° 432).

❖ Le *passing off* inversé .

- 431** Ici, le défendeur soutient que les produits de demandeur ou la qualité de ces produits sont les siens ¹¹⁰⁹.

1105. *Ibid.* n° 33.

1106. *Irvine v. Talksport Ltd.* [2002] EWHC 367 (Ch), [2002] 1 All ER 845, 1 WLR 2355.

1107. Ou endossement, pour *endorsement* dans le texte.

1108. Voir en ce sens, l'arrêt récent où l'image du chanteur BOB MARLEY est protégée sur le fondement du *Lanham Act* au profit de la société FIFTY-SIX HOPE ROAD MUSIC appartenant au fils du défunt ;

Fifty-Six Hope Road Music v. A.V.E.L.A., Inc., affaires N°s . 12-17502, 12-17519, 12-17595, 13-15407 et 13-15473 (9th Cir., 20 février 2015).

1109. *Matthew Gloag & Son Ltd. v. Welsh Distilleries Ltd.* [1998] FSR 718.

Traditionnellement, les Cours refusaient cette application du *passing off*¹¹¹⁰, mais finalement celle-ci est prise en considération par les Cours¹¹¹¹. Il s'agit en effet de combattre, par exemple, les ventes de produits d'un demandeur sous le nom d'un défendeur, ce qui reviendrait à une appropriation de l'effort du demandeur par le défendeur¹¹¹².

Parallèlement, il est interdit au défendeur de soutenir que son produit est équivalent à celui du demandeur alors que c'est objectivement faux¹¹¹³.

Cela étant, cette application est peu utilisée pour différentes raisons, tout d'abord en connaissance de la réticence des Cours à régir la publicité comparative, ensuite comme pour le *malicious falsehood*, la simple exagération ou le manque de spécification dans la comparaison ne suffit pas¹¹¹⁴, enfin, est préférée à cette application la *connection misrepresentation*¹¹¹⁵.

❖ Le *passing off* élargi .

432 Il s'agit ici, comme son nom l'indique, d'étendre la protection à la description du produit¹¹¹⁶, les termes descriptifs sont donc protégés, par exemple la description d'un chocolat comme étant Suisse¹¹¹⁷. Cela étant, les Cours ne sont pas amenées, et ne souhaitent pas faire un contrôle de la qualité des produits¹¹¹⁸, mais plutôt à vérifier les caractéristiques objectivement vérifiables d'un produit. Cet élargissement permet en outre de protéger les marques non plus détenues par un seul propriétaire, mais par plusieurs¹¹¹⁹. Ici l'information protégée ne sera plus celle relative à la source du produit, mais plutôt quant à son type¹¹²⁰. En outre, cette extension n'existe pas aux États-Unis où il est nécessaire de se référer au *Lanham Act provision on false advertising*¹¹²¹ et de prouver le caractère trompeur lorsque l'allégation n'est pas littéralement fausse¹¹²². C'est ainsi que ne peut, par exemple, pas être appliqué le régime de la publicité trompeuse à la vente de vin mousseux californien qualifié de *Champagne*, car les consommateurs

1110. *Henderson v. Munroe* [1905] 13 SLT 57.

1111. *Bristol Conservatories Ltd. v. Conservatories Custom Built Ltd.* [1989] RPC 455.

1112. LAFRANCE M., « Passing off and unfair competition : conflict and convergence in competition law. », *Michigan State Law Review*, vol. 2011, n° 1413, 2011.

1113. *Masson Seeley & Co. v. Embossotype Mfg Co.* [1924] 41 RPC 160.

1114. *Hubbuck v. Wilkinson* [1899] 1 QB 86, CA.

1115. Voir *supra*, n°s 422 sqq..

1116. *Bollinger v. Costa Brava Wine Co.* [1960] RPC 16 fut la première affaire suivie notamment d'autres cas concernant la protection de l'utilisation des appellations champagne, Scotch whisky ou autre sherry.

1117. *Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v. Cadbury Ltd.* [1998] RPC 117.

1118. *Parma Ham Case* [1991] RPC 351.

1119. LAFRANCE M., « Passing off and unfair competition : conflict and convergence in competition law. », *Michigan State Law Review*, vol. 2011, n° 1413, 2011.

1120. *Erven Warnink Besloten Vennootschap v. J. Townend & Sons (Hull), Ltd.*, [1979] AC 731.

1121. 15 USC §1125(a)(1)(B) (2006)

1122. *Clorox Co. PR v. Proctor & Gamble Commercial Co.*, 228 F 3d 24, 36 (1st Cir. 2000) ; *United Indus. v. Clorox Co.*, 140 F 3d 1175, 1182 (8th Cir. 1998).

américains le perçoivent comme un terme générique, mais ce régime pourrait être appliqué si le vendeur affirmait explicitement ou sous-entendait fortement que ce vin était fait en France ¹¹²³.

2 L'élément attractif de clientèle .

433 Le second élément de la trinité classique est l'élément attractif de clientèle ou *goodwill*. Cet élément est remplacé en Australie par l'appropriation fautive d'une réputation d'affaires ce qui semble plus éclairant pour la compréhension du concept ¹¹²⁴.

L'idée ici est qu'outre le droit de propriété sur le nom, la marque déposée ¹¹²⁵ ou tout autre élément distinctif, il y a une sorte de droit de propriété sur la connexion avec le consommateur ou la clientèle émanant de la réputation des produits du demandeur, il s'agit alors de protéger cet avantage concurrentiel loyalement gagné. Ce dernier peut reposer sur un bien, un service ou même sur l'entreprise dans son ensemble ¹¹²⁶.

Cet élément attractif a été élargi au produit au sens large par l'arrêt *Advocaat* ¹¹²⁷. En effet, cette jurisprudence permet à un demandeur d'être protégé pour la clientèle rattachée à un produit même si ce demandeur n'a pas l'exclusivité pour produire ou commercialiser ce produit.

434 Le « propriétaire » de la clientèle est la personne à laquelle le public ou le marché identifie le caractère ou la qualité du bien ¹¹²⁸. Enfin la clientèle prise en considération est celle qui existe temporellement et territorialement au moment du *passing off*. Il est à ce sujet question de *goodwill zones* divisées en *selling zone*, *advertising zone*, *reputation zone*, *potential goodwill zone*, *expansion zone* ¹¹²⁹.

3 L'atteinte à l'élément attractif de clientèle .

435 Enfin, la trinité sera complète s'il est porté atteinte à cet élément attractif de clientèle. Cela étant si le dommage s'induit de l'acte classique de *passing off* ¹¹³⁰, les autres formes de *passing*

1123. LAFRANCE M., « Passing off and unfair competition : conflict and convergence in competition law. », *Michigan State Law Review*, vol. 2011, n° 1413, 2011.

1124. *Henderson v. Radio Corp.* [1969] RPC 218, HCNSW.

1125. « trademark » ;

RUSTAD M.L., « Symposium : Does the world still need United States tort law ? Or did it ever ? : Torts as public wrongs. », *Pepperdine Law Review*, vol. 38, n° 433, 2011.

1126. *Bulmer v. Bollinger* [1977] 2 CMLR 625 ;

Knight v. Beyond Properties Pty. Ltd. [2007] EWHC 1251 (Ch), [2007] FSR 34 ;

CIR v. Muller & Co's Margarine Ltd. [1901] AC 217 HL.

1127. *Erven Warnink BV v Townend & Sons Ltd* [1979] AC 731

1128. *Perkins v. Shone* [2004] EWHC 2249 (Ch.).

1129. *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco of Canada Ltd.* [1985] 19 DLR (4th) 90.

1130. *Claudius Ash, Son & Co. Ltd. v. Invicta Manufacturing Co. Ltd.* [1912] 29 RPC 465, 475.

off ne disposent pas de cette présomption et il faut donc de fortes vraisemblances de dommage, situation qui sera possible même si les parties n'agissent pas sur le même marché ¹¹³¹.

Le préjudice sera toujours patrimonial, mais pourra reposer sur plusieurs types d'atteintes :

- la *devaluation of reputation*, cette dévaluation peut avoir lieu selon trois mécanismes, soit, le concurrent déloyal passe pour supérieur à la réalité et par ricochet rabaisse son concurrent loyal, soit il y aura un nivellement vers le bas de la réputation de la victime, soit les agissements de l'auteur risquent d'engager la responsabilité de la victime ;
- la *restriction on expansion potential*, comme il a été affirmé plus tôt, la situation de concurrence directe n'est pas nécessaire, cela étant, un tel agissement peut empêcher la victime de diversifier son offre à des produits similaires à ceux de l'auteur ;
- la *confusion and loss of control*, repose sur l'idée selon laquelle la victime ne contrôle pas la qualité des produits du défendeur ¹¹³², en cas de *connection misrepresentation* ¹¹³³, la fausse connexion devrait être suffisante à créer ce risque de confusion et de perte de contrôle ¹¹³⁴ ;
- enfin la *dilution* qui repose sur la théorie selon laquelle plus un signe distinctif est utilisé moins il a de force, la rareté faisant la valeur ¹¹³⁵. Ce dernier concept est issu du droit des marques qui outre la protection contre l'atteinte pure à cette dernière (*trademark infringement*), la protège contre la dilution de son pouvoir d'attraction. Considérant qu'il s'agit d'une atteinte à la réputation de l'entreprise ¹¹³⁶. Il s'agit notamment de protéger les marques de renommée ¹¹³⁷ contre d'une part sa perte de distinctivité ¹¹³⁸ et d'autre

1131. *Stringfellow v. McCain* [1984] RPC 501, CA.

1132. *Lego v. Lego M Lemelstrich* [1983] FSR 155 ;
Harrods Ltd. v. Harrodian School Ltd. [1996] RPC 697.

1133. Voir *supra*, n^{os} 422 sqq..

1134. *Sir Robert McAlpine v. Alfred McAlpine* [2004] EWHC 630.

1135. SCHECHTER F.I., « The Rational Basis of Trademark Protection. », *Harvard Law Review*, vol. 40, n^o 813, 1927. ;

BROWN R., « Advertising and the Public Interest. », *Yale Law Journal*, vol. 57, n^o 1165, 1940. ;
Taittinger SA v. Allbev, Ltd., [1994] 4 All ER 75 (CA (Civ Div))

1136. *Injury to business reputation*.

1137. 15 USC §11215(c)(2)(A) définit la *famous mark* comme étant « largement reconnue par les consommateurs en général aux États-Unis et tant qu'appellation d'origine des produits ou services du titulaire de la marque. Pour déterminer si la marque possède le degré de reconnaissance, le tribunal peut examiner tous les facteurs pertinents, y compris ce qui suit : (i) la durée, l'étendue et la portée géographique de la connaissance et de la publicité de la marque, qu'elles soient annoncées ou rendues publiques par le propriétaire ou un tiers ; (ii) le montant, le volume et l'étendue géographique des ventes de biens ou services offerts sous la marque ; (iii) l'étendue de la reconnaissance effective de la marque ».

Les droits statutaires des États fédérés ont repris ces caractéristiques permettant une qualification de la marque comme étant renommée. Voir not. : Arkansas Code, 4-71-213 ;

Arizona Revised Statutes, §44-1448.01.

1138. 15 USC §11215(c)(2)(B) définit le *blurring* comme une « association provenant d'une similarité entre une marque ou un nom commercial et une marque de renommée qui impaire la distinctivité de la marque de renommée ».

part contre son ternissement ¹¹³⁹. Il s'agit en réalité de prévenir les « bruits », consistant en une utilisation commerciale de la marque ¹¹⁴⁰, pouvant avoir pour effet de diminuer la force de cette marque, et ce même si les entreprises ne sont pas en situation de concurrence. Enfin, cette protection peut être étendue aux noms de domaines correspondant à une marque. En effet, ces derniers représentent la possibilité pour le propriétaire d'être présent sur le marché d'Internet, et le fait d'empêcher, notamment par du *cybersquatting*, le propriétaire d'une telle marque d'en faire l'utilisation doit être sanctionné ¹¹⁴¹.

436 Finalement, les pratiques commerciales qui ne pourront être qualifiées ni de trompeuses, ni d'agressives, pourront, par un retour à la clause générale d'interdiction des pratiques commerciales déloyales figurant à l'article 5 de la directive 2005/29/CE, être qualifiées de déloyales.

1139. 15 USC §11215(c)(2)(C) définit le *tarnishment* d'une marque de renommée comme une « association entre une marque ou un nom commercial et une marque de renommée qui préjudicie la réputation de la marque de renommée ».

1140. En effet, le caractère non commercial de l'utilisation est considéré comme une exception ; v. 15 USC §1125(c)(3)(C).

1141. *Panavision Int'l, L.P. v. Toeppen*, 141 F.3d 1316, 1327 (9th Cir. 1998) ;

En outre l'*Anti-Cybersquatting consumer Protection Act* (ACPA), (voir 15 U.S.C. § 1129[1][A] [2006]), interdit l'enregistrement de noms de domaine ayant pour seul motif de réaliser des profits de mauvaise foi, et où il n'y a pas d'autres raisons d'utiliser ce nom. Ainsi, l'achat pour attirer une nouvelle clientèle est accepté, mais l'achat dans le simple but de spéculer est interdit.

Chapitre 2 Les autres pratiques commerciales déloyales.

437 Enfin, les pratiques commerciales déloyales ne doivent pas être entendues comme le simple nom de l'ensemble constitué des pratiques commerciales trompeuses et/ou agressives. En effet, il s'agit d'un ensemble à part entière qui peut être entendu soit de manière large comme l'ensemble des pratiques contraires à la loyauté, ou comme un sous-ensemble de pratiques pouvant être caractérisées grâce à une définition stricte imposée par la directive.

Ainsi, il est entendu que toutes les pratiques commerciales, qu'elles soient agressives ou trompeuses seront des pratiques commerciales déloyales, mais qu'à l'inverse certaines pratiques commerciales déloyales ne seront ni trompeuses ni agressives. Une telle position permet de prendre en compte une multiplicité de comportements qui, s'ils sont déloyaux, pourront être interdits par les États en application de cette directive.

En ce sens, cette directive pourrait téléologiquement être la source d'une obligation générale de loyauté faisant que toute entreprise, puisque la directive se limite à ces auteurs, qui agirait de manière contraire aux éléments constituant la loyauté selon cette directive, éléments relativement mous, permettant d'autant plus la globalisation de la prise en charge de comportements, soit responsable vis-à-vis des victimes, c'est-à-dire des consommateurs bien sûr, mais aussi des concurrents loyaux de ces derniers. Obligation générale de loyauté, protection des consommateurs et concurrence déloyale se réuniraient donc en un seul droit, pouvant être qualifié de droit du marché ou plus simplement de droits des affaires ¹¹⁴².

En effet, pragmatiquement, l'ensemble de ces règles devra être pris en compte par les entreprises lors de leurs activités d'affaires, les activités de commerce devant, impérativement, être empreintes de loyauté pour être légales. Ce caractère impératif s'explique du fait que l'obligation de loyauté était jusqu'alors principalement catégorisée à l'aune du droit de la concurrence déloyale ou de la responsabilité civile délictuelle. Il en découlait, en France, que ces activités ne pouvaient qu'être sanctionnées et non dissuadées de manière forte. Alors que cette directive, par son caractère génétiquement pénal, viendra renforcer le caractère dissuasif du droit de la concurrence déloyale. C'est ainsi que concurrence déloyale et concurrence illégale viennent se mêler dans une danse où les pas des acteurs du marché sont guidés par le *tempo* de la loyauté.

438 Pour leur part, les *torts* de *common law*, tant par leur définition que par leur catégorisation semblent déjà prendre en compte et lutter de façon importante contre la déloyauté ou une notion relativement proche qu'est celle de *malice*.

Il s'agira alors, à l'instar de ce qui a été effectué pour les pratiques commerciales agressives ¹¹⁴³, et les pratiques commerciales trompeuses ¹¹⁴⁴, d'étudier d'une part, l'approche de la directive des pratiques commerciales déloyales à l'aune des droits développés par des statuts

1142. Les auteurs anglo-américains parlant alors, pour qualifier l'ensemble des délits pris en compte, de *business torts*.

1143. Voir, p.92 sqq.

1144. Voir p. 127 sqq.

spéciaux états-uniens (Section 1) ¹¹⁴⁵, puis d'analyser l'approche de la déloyauté opérée par la *common law* (Section 2) ¹¹⁴⁶.

1145. p. 253 sqq.

1146. p. 277 sqq.

Section 1 L'approche européenne à l'aune du droit états-unien.

439 L'article 5 de la directive vient introduire une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales. Aux termes de cet article, sera constitutive d'une pratique commerciale déloyale, la pratique qui sera contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qui altérera ou sera susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen. Ainsi, cette règle qui est présentée comme la base des conditions de catégorisation d'une pratique commerciale déloyale, ne sera utile que dans le cas où la pratique n'aura pas pu être qualifiée de déloyale à l'aide des dispositions précédemment étudiées, c'est-à-dire, si elle n'aura pas pu être qualifiée de trompeuse ou d'agressive.

440 En effet, une telle qualification serait acquise si cette pratique commerciale répondait aux conditions des articles 6 à 9 ou entrerait dans le champ de la liste de l'annexe I, et par conséquent, il est aisé de dire que les conditions de qualifications de ces dispositions viennent en substitution des conditions d'application du présent article. Cela étant, outre la liste noire, les dispositions permettant de distinguer le caractère trompeur ou agressif d'une pratique commerciale, font toutes échos à la condition b) du présent article. En effet, l'article 6 prévoit qu'une pratique commerciale est trompeuse par action si elle « induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen », de la même manière, une pratique commerciale sera trompeuse par omission si elle « amène ou est susceptible de l'amener (le consommateur moyen) à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Enfin, l'article 8, sur lequel se repose l'article 9, dispose qu'une pratique commerciale est agressive si « elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative [...] la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

441 La modification substantielle du comportement du consommateur visé semble donc être dans toutes les pratiques commerciales encadrées le but recherché ; étant toutefois précisé que cet objectif n'aura pas obligatoirement à être atteint pour que la pratique soit considérée comme déloyale. À ce titre, la condition devra être étudiée et considérée comme identique en toutes situations. Cela étant, considérant que cette disposition est celle qui supporte la structure des dispositions suivantes, et même si son réel intérêt n'apparaît qu'après que les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses ou agressives aient été écartées, ce qui explique sa position finale dans ce développement, il a été choisi d'étudier cette disposition commune relative à la modification substantielle du comportement économique du consommateur au sein de cette partie.

En outre, cette disposition démontre que la directive a voulu offrir un cadre qui devra être respecté du fait de l'harmonisation maximale qu'elle impose (§1)¹¹⁴⁷, mais que ces conditions permettent aux États membres d'élargir le cadre préemptif de la directive (§2)¹¹⁴⁸.

1147. p. 254 sqq.

1148. p. 264 sqq.

§1 Un cadre strict imposé par la directive.

442 Il semble cependant que la seule originalité de cette disposition générale par rapport aux dispositions spéciales se situe dans la contrariété entre la pratique et les exigences de la diligence professionnelle. Il s'agira donc, suivant la même structure que celle de la directive, d'analyser ces deux concepts constituant les conditions cumulatives requises pour qualifier une pratique commerciale de pratique commerciale déloyale, que sont, d'une part, le caractère contraire aux exigences de la diligence professionnelle (I) ¹¹⁴⁹, et d'autre part, l'altération du comportement économique du consommateur (II) ¹¹⁵⁰. Finalement, le test de déloyauté de la pratique commerciale devra être effectué en référence au consommateur moyen ¹¹⁵¹.

I Une pratique contraire aux exigences de la diligence professionnelle

443 Dans sa version initiale, la définition de cette notion était quelque peu différente, il s'agissait selon cette version du « niveau de compétence spécialisée et de soins dont doit faire preuve un professionnel conformément aux exigences des pratiques habituelles du marché envers le consommateur dans son domaine d'activité dans le marché intérieur ».

Cela étant, les amendements déposés par la commission de l'environnement, de la santé publique et de la politique des consommateurs ¹¹⁵² et par le Parlement ¹¹⁵³, ont amené la Com-

1149. p. 254 sqq.

1150. p. 260 sqq.

1151. Voir *supra*, n^{os} 94 sqq.

1152. Amendement 23 : j) « diligence professionnelle » : le niveau de compétence spécialisée et de soins **et la bonne foi** dont doit faire preuve un professionnel conformément aux exigences des pratiques habituelles du marché envers le consommateur dans son domaine d'activité dans le marché intérieur **et aux exigences de bonne foi visées par les dispositions de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L95 du 21.4.1993, p. 29.)**

Justification :

La disposition générale devrait reposer sur des critères précis et objectifs de manière à éviter des interprétations divergentes dans la législation ou la jurisprudence des États membres.

1153. Amendement 21 : j) « diligence professionnelle » : le niveau de compétence et de soins **que l'on peut raisonnablement attendre d'un professionnel** dans ses relations avec le consommateur, **compte tenu d'éventuelles exigences particulières des pratiques du marché** dans son domaine d'activité dans l'État membre où il est établi ;

Justification :

Cet amendement a quatre conséquences :

1) les professionnels doivent exercer vis-à-vis des consommateurs les compétences et les soins « que l'on peut raisonnablement attendre d'un professionnel » plutôt que des compétences et des soins « spécialisés ». La définition actuelle est difficile à comprendre pour les professionnels et les organismes chargés de l'application des dispositions alors que le texte modifié fixera une norme plus objective ;

2) les professionnels ne pourront défendre une pratique déloyale en affirmant qu'il s'agit d'une pratique « normale du marché » pour un secteur particulier (exemple : dans le cas de la vente d'un produit financier ou de produits particuliers au porte-à-porte) ;

3) les professionnels seront certains que le respect de règles détaillées pour un produit ou un service particulier (exemple : règles détaillées applicables aux prestataires de services financiers ou à des professionnels tels que les avocats) sera pris en compte pour déterminer si leurs pratiques commerciales sont loyales. Cependant, il sera possible d'appliquer la disposition générale à des pratiques commerciales relatives à ces produits dans des circonstances exceptionnelles, lorsque les règles détaillées n'empêchent pas la pratique déloyale.

mission européenne à modifier la définition afin de parvenir à la présente¹¹⁵⁴ en y incorporant le concept de bonne foi et en faisant référence « au niveau de compétence et de prudence que l'on peut raisonnablement attendre d'un professionnel ».

444 En outre, déjà dans la proposition de directive, la Commission précisait que le concept de diligence professionnel est analogue à « la notion de bonne conduite commerciale que l'on retrouve dans la plupart des systèmes juridiques des États membres. Il a trait au degré de soin et de compétence dont doit faire preuve tout homme d'affaires qui se respecte conformément aux normes généralement admises applicables aux pratiques commerciales dans son secteur d'activité particulier. Ce concept est nécessaire pour éviter que les pratiques commerciales normales, conformes aux usages et aux coutumes, telles que la publicité fondée sur la notoriété d'une marque ou le placement de produits, soient concernées par la directive, même si elles sont capables d'influencer le comportement économique des consommateurs »¹¹⁵⁵.

445 Ainsi, la définition finalement retenue par le législateur européen, selon laquelle la diligence professionnelle serait « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité » fait reposer la diligence professionnelle, entendue primitivement comme la bonne conduite commerciale ou les pratiques normales de marché, sur deux principes pouvant être combinés ou alternés que sont d'une part l'honnêteté dans les pratiques de marché, et d'autre part le principe général de bonne foi¹¹⁵⁶. Ici encore, un lien apparaît entre la protection du marché et celle des consommateurs, une balance doit donc être effectuée entre la liberté du commerce et son corollaire qu'est la liberté de la concurrence et les intérêts du marché pris sous le prisme de la protection du consommateur, étant précisé toutefois que cette balance sera équilibrée compte tenu du secteur d'activité. En outre, et conformément à l'amendement du Parlement européen,

4) cet amendement précise que les « pratiques normales du marché » sont celles du lieu où le professionnel est établi. Cela est conforme à l'article 4 (marché intérieur) qui établit que c'est le régime réglementaire du pays d'origine qui s'applique.

1154. Voir Commission européenne, 16 novembre 2004, COM(2004)753 final, 2003/0134(COD), communication de la commission au Parlement européen conformément à l'article 251, paragraphe 2, deuxième alinéa, du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant les pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant le règlement [relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs] et les directives 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE (Directive sur les pratiques commerciales déloyales)

1155. Commission européenne, 18 juin 2003, COM (2003) 356 final, 2003/0134 (COD), SEC (2003) 724, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales).

1156. Il est cependant nécessaire de noter que la directive espagnole, contrairement aux versions définitives notamment française ou anglaise, ne fait pas apparaître la combinaison possible et se satisfait d'une simple alternance : Dir 2005/29/CE, art. 2.h. : « *diligencia profesional* » : *el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante*

le niveau de compétence spécialisé et de soins dont devra faire preuve le professionnel sera celui dont il est « raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur ».

446 Cela étant, outre ces développements, il n'existe en réalité aucune définition précise et concrète de la diligence professionnelle établie au niveau européen, pourtant, les deux concepts sur lesquels la directive fait reposer cette condition, que la Commission européenne résumait sous la notion de « bonne conduite commerciale », sont bien connus par les droits nationaux européens, une telle situation laisserait comme seule alternative d'élaborer une définition des diligences professionnelles selon les définitions nationales des concepts de pratiques honnêtes de marché et de bonne foi. Cela irait donc à l'encontre de l'harmonisation voulue par la directive au profit d'une renationalisation jurisprudentielle du concept, ce qui imposerait donc une interprétation européenne autonome. En effet, l'insécurité juridique planant autour de cette disposition est suffisamment importante pour que ces concepts dussent être définis.

Faute de cette interprétation, le retour aux droits nationaux, qu'ils soient issus d'une construction législative ou jurisprudentielle est inévitable. Ainsi, l'étude des deux concepts que sont les pratiques honnêtes de marché d'une part, et le principe général de bonne foi d'autre part, devra être effectuée selon l'interprétation qui en est faite nationalement.

447 En tout état de cause, l'appel à la diligence professionnelle pour la catégorisation des pratiques commerciales déloyales doit suggérer que l'intention n'est pas requise pour qualifier une pratique de déloyale. Ce constat est appuyé par l'article 11 de la directive permettant les juridictions ou autorités administratives à prendre les mesures nécessaires « compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général [...] même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réel, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel ».

Selon cette formulation, une pratique pourra être déloyale, en l'absence de perte ou préjudice réel, mais surtout en l'absence d'intention. En cela, la directive se rapproche des droits statutaires américains qui souvent ne requièrent pas d'intention et notamment d'intention de tromper¹¹⁵⁷.

448 Cependant allant plus loin, la directive permet en outre de distinguer l'atteinte à la diligence professionnelle de la simple négligence, ce qui vient par un bref éclairci assombrir la définition de la diligence professionnelle.

Le caractère nébuleux de cette définition est d'autant plus aisé à mettre en évidence par l'étude des droits transposant cette directive. Par exemple, le droit espagnol vient, par sa loi du 31 décembre 2009, intégrer une disposition générale, par le biais de la modification de l'article 4 de la loi de concurrence déloyale. Celle-ci, après avoir traditionnellement disposé que sont réputés déloyaux tous les comportements objectivement contraires aux exigences de bonne foi, précise que dans les relations avec les consommateurs, seront considérés comme contraire aux exigences de la bonne foi, les comportements des entreprises ou professionnels contraires à

1157. *State ex rel. Corbin v. Tolleson*, 160 Ariz. 385, 773 P.2d 490 (Ct. App. 1989) ;

State ex rel. Horne v. Autozone, Inc., 227 Ariz. 471, 258 P.3d 289, 2011 Ariz. App. Lexis 145 (Ct. App. 2011) ;
Nunley v. State, 628 So. 2d 619, 1993 Ala. LEXIS 1161 (1993).

la diligence professionnelle, entendue comme le niveau de compétence et de soins spécialisés que l'on peut attendre d'un professionnel conformément aux pratiques honnêtes de marché, qui modifient ou peuvent modifier de manière significative le comportement économique du consommateur moyen [...].

449 Il apparaît donc que pour définir la bonne foi dans les comportements vis-à-vis des consommateurs, le législateur espagnol a recouru aux deux conditions que sont celles permettant à la directive de définir les pratiques commerciales déloyales, que sont d'une part un acte contraire aux exigences de la diligence professionnelle et d'autre part, un acte modifiant ou étant susceptible de modifier, de manière substantielle, le comportement économique des consommateurs. Alors que la définition retenue par la directive de la diligence professionnelle nécessite, pour sa part, de recourir aux notions de bonne foi et de pratiques honnêtes de marché. Se faisant, bonne foi et diligence professionnelle se mêlent et s'entremêlent pour *in fine* couvrir un champ qui pourrait être entendu comme ce qui est la contrariété aux agissements loyaux des concurrents au sens du droit de la concurrence déloyale.

En ce sens, il est possible de retenir la vision traditionnelle espagnole de la bonne foi. Ainsi, dans une audience provinciale du 14 mai 2002 ¹¹⁵⁸, la Cour de Valencia a précisé que la référence à la bonne foi issue de l'article 5 de la loi de concurrence déloyale est faite à la bonne foi objective, indépendante de l'intention (malveillance ou négligence) du sujet. En outre, statuant sur la bonne foi de l'article 7.1 du Code civil ¹¹⁵⁹, la décision du 21 septembre 1987 ¹¹⁶⁰, a affirmé qu'il s'agissait d'une règle qui impose l'obligation, dans l'exercice des droits, d'une conduite éthique définie par les valeurs d'honnêteté, de loyauté, de répartition équitable de leur propre responsabilité et menant à la conséquence que tout acte conscient et libre peut entraîner la confiance des autres ¹¹⁶¹.

450 La décision provinciale de La Rioja du 31 juillet 2003 ¹¹⁶², précisant ensuite que manque à l'obligation de bonne foi celui qui agit de manière inappropriée pour délibérément tirer profit, à travers la création d'une fiction ou apparence juridique, au préjudice d'une autre personne qui

1158. JUR 2002/198901, voir BARONA VILAR S., Competencia desleal : tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional : doctrina, legislación y jurisprudencia, Valencia : Tirant lo Blanch, 2008, Tomo I, p.297.

1159. Código civil, Artículo 7,

1. *Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.*

2. *La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

1160. RJ 1987, 6186, suivant celle du 8 juillet 1981 (RJ 1981, 3053).

1161. « *el art. 7.1 del Código Civil, como ya expresó la S 8 Jul. 1981, es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y ateniimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena* ».

Voir de la même manière, décision provinciale de Girona du 12 juillet 2004 (AC 2004/1590), ou de Burgos du 23 février 2007 (AC 2007/839).

1162. JUR 2003/242077.

a fait confiance à l'acte la relation originelle ¹¹⁶³. Ainsi, la bonne foi consiste en la conduite des uns avec respect des autres entre lesquels vont se créer des relations, et s'accompagne des impératifs que la conscience sociale exige ¹¹⁶⁴.

- 451** En définitive, il semble que la bonne foi espagnole puisse être entendue comme une ligne de conduite, un standard juridique, servant à signaler la limite extrinsèque à l'exercice du droit subjectif de développer librement une activité économique dans un marché où la concurrence est libre ¹¹⁶⁵, selon le principe de liberté d'entreprendre dans une économie de marché auquel se réfère l'article 38 de la Constitution espagnole ¹¹⁶⁶.

Enfin, à cette analyse objective, devra-t-elle être combinée l'analyse casuistique, effectuée *in concreto* ¹¹⁶⁷.

Finalement, cette notion de diligence professionnelle pourra être éclairée, d'une part, par celle de pratiques honnêtes de marché (A) ; et d'autre part, par le principe général de bonne foi (B).

A Les pratiques honnêtes de marché .

- 452** Bien qu'elles ne soient pas définies, un parallèle peut être fait entre le concept de pratiques honnêtes de marché et celui des « usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale » de l'article 10bis relatif à la concurrence déloyale de la Convention de l'Union de Paris de 1883 ¹¹⁶⁸.

En effet, cette convention, tout comme le droit américain ¹¹⁶⁹, vient tracer un pont entre la protection des marques déposées et la théorie de la concurrence déloyale. Elle dispose ainsi que les Pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale. Elle précise ensuite, que constitue un acte de concurrence déloyale un acte contraire « aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ».

Elle enrichit enfin son propos par l'énumération de trois types de comportements devant notamment être considérés comme contraires à ces usages honnêtes. Ainsi seront contraires aux pratiques honnêtes en matière industrielle ou commerciale :

1163. Voir en ce même sens, TS 2-2-96 [RJ 1996, 1081] ; TS 4-7-97 [RJ 1997, 5842].

1164. TS 21-5-82 [RJ 1982, 2588] ; TS 11-5-88 [RJ 1988, 4053] ; TS 5-4-91 [RJ 1991, 2642].

1165. Décision provinciale de Barcelona du 14 avril 2000 (AC 2000/1665).

1166. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978, Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978, Artículo 38 :

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

1167. voir 22-6-95 [RJ 1995, 10040] ; 9-10-97 [RJ 1997, 7107] ; 30-1-99 [RJ 1999, 10] et 5-6-99 [RJ 1999, 4727].

1168. Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883.

1169. Voir les développements sur le *Lanham Act*, not. n^{os} 211 sqq..

- tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;

Il s'agira alors ici des pratiques commerciales trompeuses portant sur les producteurs, les vendeurs, mais aussi sur les biens et services qu'ils proposent à la vente.

- les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ;

Le dénigrement étant alors particulièrement pris en compte pour qualifier une pratique de commercialement contraire aux pratiques honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

- les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises.

Enfin, il est ici fait montre de la première prise en compte par le droit de la concurrence de l'intérêt des consommateurs lors de sa prise de décisions grâce notamment à une information claire et non viciée.

Les pratiques honnêtes de marché pourraient alors être entendues comme une application moderne des pratiques honnêtes en matière industrielle ou commerciale déjà largement encadrées par la Convention de l'Union de Paris.

B Le principe général de bonne foi .

- 453** L'intégration du principe général de bonne foi dans la définition de la diligence professionnelle ne doit pas faire oublier la politique de la directive qui ne vient protéger que les intérêts économiques des consommateurs. Il est donc hors de question d'utiliser ce principe globalisant pour élargir les intérêts protégés par la directive.

C'est ainsi que pour ne pas être coupable de pratique commerciale déloyale et *ab initio* pour ne pas agir contrairement à la diligence professionnelle, l'agent économique devra agir sans perdre de vue le contexte factuel et son cas individuel. Ainsi devront être pris en compte, les circonstances et caractéristiques des pratiques commerciales, le secteur d'activité du professionnel, les particularités du marché, les spécificités comportementales du consommateur moyen, ...¹¹⁷⁰ Cela étant, ce critère est de nature objective et il devra donc être analysé, dans un premier temps, de manière indépendante par rapport à l'intention du professionnel ou au résultat créé ou susceptible de l'être¹¹⁷¹.

- 454** Enfin, la simple contravention à la diligence professionnelle ne suffira pas à qualifier une

1170. B. KEIRSBILCK, *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2011.

1171. J. MASSAGUER, « El nuevo derecho contra la competencia desleal ; La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales. », Thomson Civitas, 2006 p. 59.

pratique commerciale de déloyale. En effet, les deux conditions posées par l'article 5 de la directive sont cumulatives tel que l'indique d'une part l'emploi de la conjonction de coordination « et », et d'autre part, la précision de la Commission européenne selon laquelle « il est important de se souvenir que les conditions sont cumulatives. En conséquence, même si une pratique est contraire à la diligence professionnelle, elle sera considérée comme déloyale que si les autres conditions de l'interdiction générale sont également remplies »¹¹⁷². Ainsi il sera nécessaire que le choix du consommateur soit altéré ou du moins susceptible de l'être.

II Une pratique altérant le comportement des consommateurs visés .

455 Cette altération substantielle fait l'objet de deux dispositions principales : d'une part et en toute logique, l'article 5.2.b) vient décrire le comportement sanctionné dans sa globalité, amenant ainsi une vision macroscopique de l'altération du comportement du consommateur (A) ; et d'autre part, de manière plus microscopique, l'article relatif aux définitions des termes employés par la directive vient à son tour compléter la définition de l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs (B). En tout état de cause, cette altération devra être créée chez un consommateur moyen¹¹⁷³.

A L'analyse macroscopique de l'altération effectuée par l'article 5.2.b) .

456 L'article 5.2.b) de la directive dispose qu'une pratique commerciale contraire aux exigences de la diligence professionnelle, sera déloyale si « elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

La lecture de cette disposition cumulative emporte l'expression de quatre remarques.

D'une part, l'altération du comportement économique du consommateur au sens strict du terme n'est pas requise. En effet, il suffira que son comportement soit susceptible d'être altéré¹¹⁷⁴. Cette nuance ouvre donc largement l'application de la directive, il ne sera pas nécessaire qu'il existe des consommateurs victimes de la pratique pour que celle-ci et par la même occasion son auteur soient condamnés. Ici encore, cette directive créée pour protéger les consommateurs pourra donc être utilisée à d'autres fins, notamment en l'absence de consommateurs victimes. Il s'agira notamment de protéger le marché et les concurrents lorsque les

1172. Commission européenne, 18 juin 2003, COM (2003) 356 final, 2003/0134 (COD), SEC (2003) 724, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales), §53.

1173. Voir *supra* nos 94 sqq.

1174. Cass. Com. 27 avril 2011 : RDSS 2011. 919, note SIRANYAN ; CCC 2011, n° 178, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2011. 2866, note PIEDELIÈVRE ; *ibid.* 2880, note BASSET ; RJDA 2012, n° 341 ; Dr. et proc. sept. 2011, suppl. Droit de la consommation, p. 27, obs. GAVALDA-MOULENAT ; RDLC 2011, n° 3, p. 145, obs. MESA ; Teutates 2012, n° 1/4, p. 94, obs. GARCIA-LECOEUR.

pratiques commerciales seraient créatrices de distorsion de concurrence. Cela étant, la protection des consommateurs en sera par la même occasion renforcée. En effet, l'action viendra dans un tel cas se situer *a priori* par rapport à l'atteinte des intérêts des consommateurs. Reste alors à savoir comment sera prouvée une atteinte non encore effective aux intérêts de victimes non encore existantes.

Enfin, cette ouverture de l'interdiction à la simple susceptibilité devrait permettre aux législateurs nationaux d'instaurer des mécanismes de contrôle administratif tant que ces derniers respectent les conditions d'interdiction imposées par la directive. Ainsi, rien ne devrait empêcher un État d'imposer l'obtention d'une autorisation *préalable* afin de permettre l'exercice de certaines pratiques tant que cette autorisation sera soumise aux conditions de loyauté obtenues par une lecture *a contrario* de la directive 2005/29/CE¹¹⁷⁵.

Par ailleurs, le comportement économique du consommateur renvoie à une notion très large et la CJUE a pu juger que le fait qu'un consommateur entre dans un magasin était déjà en soi un comportement économique¹¹⁷⁶. Cependant, il semble que dès lors que la simple susceptibilité d'altération est suffisante, un tel élargissement de la notion de comportement économique n'est pas utile.

Un parallèle avec la théorie de la concurrence déloyale mènerait à penser que le préjudice causé à la victime ne serait que le reflet de la faute et qu'ainsi si une faute avait été constatée, il en découlait nécessairement un préjudice¹¹⁷⁷.

- 457 D'autre part, l'altération, même susceptible, devra être substantielle. Il sera donc nécessaire que cette pratique commerciale contraire aux exigences de la diligence professionnelle soit la principale cause de la modification du choix du consommateur. Or, dans un marché ouvert, où la compétition est vive et donc où la concurrence est pure et parfaite ou du moins s'approche de cet idéal, il est parfois difficile de savoir ce qui, substantiellement, modifie le comportement des consommateurs, de la clientèle qui par essence est volatile et appartient à qui sait la prendre.

1175. À l'inverse, la directive 2005/29/CE « s'oppose à ce qu'une juridiction nationale ordonne la cessation d'une pratique commerciale ne relevant pas de l'annexe I de cette directive, au seul motif que ladite pratique n'a pas fait l'objet d'une autorisation préalable de l'administration compétente, sans pour autant procéder elle-même à une appréciation du caractère déloyal de la pratique concernée au regard des critères énoncés aux articles 5 à 9 de ladite directive ».

CJUE, 13 janvier 2013, *Georg Köck contre Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, aff. C-206/11, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général).

1176. CJUE, 19 décembre 2013, *Trento Sviluppo srl et Centrale Adriatica Soc. coop. arl contre Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-281/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général).

1177. Voir en ce sens nos 124 sqq.

Cette même susceptibilité est retenue par le droit américain qui, sur le fondement du *Lanham Act* (15 USCS §1125), considère que la pratique susceptible de tromper le consommateur constitue une pratique commerciale déloyale et un acte de concurrence déloyale envers le concurrent.

Un tel raisonnement peut notamment être déduit d'une lecture *a contrario* des décisions suivantes :

Société Comptoir de L'Industrie Cotonnière Établissements Boussac v. Alexander's Dep't Stores, Inc. (1962, CA2 NY) 299 F2d 33, 132 USPQ 475, 1 ALR3d 752 ;

Gold Seal Co. v Weeks (1955, DC Dist Col) 129 F Supp 928, 105 USPQ 407, affd (1956, App DC) 97 US App DC 282, 230 F2d 832, 108 USPQ 400, cert den (1956) 352 US 829, 1 L Ed 2d 50, 77 S Ct 41, 111 USPQ 467.

Enfin, pour une étude de la notion de préjudice à l'aune du droit des pratiques commerciales déloyales, voir *infra*, p. 418 sqq..

Il convient par ailleurs ici de comprendre que l'altération substantielle devra être étudiée à l'aune du consommateur moyen et non du marché impacté. Autrement dit, il ne s'agira pas qu'il y ait un nombre substantiel de consommateurs qui puissent être touchés par cette pratique, mais que le consommateur moyen, visé par la pratique, puisse être substantiellement manipulé par ladite pratique ¹¹⁷⁸.

458 Ensuite, le comportement économique altéré ou susceptible d'être altéré de manière substantielle devra être celui qui a trait au produit. Il s'agira alors ici de se demander si une pratique commerciale qui porterait atteinte non pas à la perception du produit par les consommateurs, mais à celle de l'entreprise ou même de son gérant ou encore de ses salariés représentants, par le biais notamment d'un dénigrement, pourrait être vectrice de modification substantielle du comportement économique du consommateur par rapport à un produit. Il semble à ce sujet que le dénigrement, s'il a pour objet ou pour effet d'altérer la vision que le consommateur a de l'entreprise et *in fine* d'altérer son comportement économique par rapport à cette même entreprise, altérera ou sera susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur par rapport aux produits de cette entreprise et devra donc *a fortiori* être pris en compte.

En ce sens, le droit espagnol vient définir le comportement économique du consommateur. Il s'agira de toute décision d'agir ou de s'abstenir prise par rapport, notamment, au choix d'une offre, ou d'un fournisseur ¹¹⁷⁹.

459 Enfin, le comportement altéré ou qui sera susceptible d'être altéré sera celui du consommateur moyen, ou membre moyen du groupe de consommateurs visés ¹¹⁸⁰. La directive précise alors que « les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévoie cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe » ¹¹⁸¹.

460 La structure de l'article 5 implique donc la coexistence d'une règle générale (art. 5.2) se-

1178. Cass. Com., 11 mars 2014, 12-29.434, Inédit, JurisData : 2014-004482.

1179. Ley 3/1991, artículo 4, modificado por el art. 1.4 de la Ley 29/2009 : « A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con :

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
- d) La conservación del bien o servicio.
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

1180. Voir *supra* n^{os} 94 sqq.

1181. Directive 2005/29/CE, art. 5.3.

lon laquelle une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen ou du membre moyen du groupe ciblé, et d'une règle spéciale (art. 5.3) protégeant les consommateurs particulièrement vulnérables. Il faut préciser que ces deux règles ne viennent pas se substituer l'une à l'autre et que l'adage *specialia generalibus derogant* ne s'applique pas. En effet, ce paragraphe trois vient au contraire, dans un contexte spécial préciser le régime de la règle générale substituant le consommateur membre moyen d'un groupe au consommateur moyen entendu de manière générale. Ce n'est en outre que dans cette optique d'addition et non dans celle d'une substitution que cet article 5.3 démontre son intérêt. En effet, le consommateur particulièrement vulnérable de l'article 5.3 fait par définition partie du groupe particulier de consommateurs visé par l'article 5.2 *in fine*, ce n'est ainsi que parce que l'article 5.3 vient préciser ce qui est entendu par groupe particulier de consommateurs qu'il marque son utilité. C'est ainsi en considérant l'articulation de ces deux paragraphes dans une logique de substitution que certains auteurs ont été amenés à considérer le paragraphe trois comme superflu ¹¹⁸².

B L'analyse microscopique de l'altération effectuée par l'article 2.e)

461 Parallèlement, l'article 2.e) de cette même directive définit l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs comme « l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

Cette altération repose donc sur deux composants intimement liés. En effet, il s'agit ici de protéger le consommateur contre l'utilisation de pratiques compromettant sensiblement son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause d'une part, et l'amenant d'autre part, et par conséquent, à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

1 La compromission sensible d'une prise de décision en connaissance de cause

462 Ici encore, la compromission de l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause doit être sensible. Il s'agit ici de lutter contre la condamnation de toutes imprécisions. En effet, la Commission européenne relève que « certains États membres supposent que toute publicité peut potentiellement altérer les décisions des consommateurs et estiment, par conséquent, que toute imprécision est contraire aux dispositions nationales, même si l'imprécision n'a eu aucune influence sur les décisions des consommateurs » ¹¹⁸³. Cette lutte

1182. B. KEIRSBILCK, *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, op. cit. §360.

1183. Commission européenne, 18 juin 2003, COM (2003) 356 final, 2003/0134 (COD), Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales) (présentée par la Commission), SEC (2003) 724, §21.

est de la même manière opérée par la référence au consommateur moyen. En effet, pour certains États, le point de repère pour apprécier le caractère trompeur d'une publicité est celui du consommateur le plus crédule, bien que la protection de ce dernier soit louable, cela entraîne *ipso facto* une surprotection des autres consommateurs. C'est pourquoi, la directive précise notamment dans son article 5 que la « pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral » ne doit pas, être interdite *per se*. La directive reconnaît ainsi aux professionnels une marge de manœuvre qui, grâce à la distinction entre l'impact substantiel et celui qui n'est que négligeable, pourront exercer leur liberté d'entreprendre dans le respect des règles de diligence professionnelle ¹¹⁸⁴.

2 La prise de décision commerciale qui n'aurait pas été prise autrement .

463 La sensibilité de la compromission du comportement économique du consommateur moyen se retrouve ici particulièrement illustrée. En effet, il sera nécessaire que la pratique commerciale cause ou soit susceptible de causer, chez le consommateur moyen, une prise de décision commerciale qui n'aurait pas été prise autrement. Il s'agit ici de la démonstration d'un lien de causalité entre la pratique commerciale en question et la décision commerciale du consommateur. Cela étant, cette affirmation de nécessité d'un résultat ainsi que d'un lien de causalité entre la pratique et ce résultat doit être nuancée par la lecture de l'article 5 qui se satisfait de la susceptibilité du résultat, et donc d'un résultat simplement prévisible.

464 En outre, doit être entendue comme décision commerciale, toute « décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel pour un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit ; une telle décision peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir ». L'acte découlant de la décision commerciale doit donc être compris comme tout choix exprimé par une action ou une abstention relative au fait d'acheter, de payer, de conserver, ou d'exercer tout droit contractuel relatif au produit.

465 Finalement, une telle catégorisation ouvre le champ d'application possible de la directive. En effet, les termes de la règle générale sont suffisamment larges pour permettre la prise en compte d'infractions nouvelles et plus largement de comportements n'étant ni agressifs, ni trompeurs au sens des articles 6 à 9, mais déloyaux vis-à-vis des consommateurs.

§2 Un cadre élargi offert aux États membres.

466 Le législateur européen a donc voulu permettre aux États d'adapter cette directive, pour-

¹¹⁸⁴. Directive 2005/29/CE, considérant 6 : « la présente directive protège les consommateurs des conséquences de ces pratiques commerciales déloyales dès lors qu'elles sont substantielles, tout en reconnaissant que, dans certains cas, ces conséquences sont négligeables ».

tant d'harmonisation maximale, aux évolutions des techniques de marché. C'est ainsi que la proposition initiale exprimait dans son paragraphe 50 que « certaines pratiques actuellement considérées comme déloyales dans certains États membres pourraient tomber sous le coup de l'interdiction générale bien qu'elles ne soient ni trompeuses ni agressives (à savoir la vente liée en France). À titre d'exemple, un professionnel vend un voyage à forfait seulement à condition que le consommateur prenne également une assurance annulation et une assurance voyage. La jurisprudence dans d'autres États membres montre que les entités chargées du contrôle de l'application de la législation ont parfois du mal à condamner une pratique nouvelle au regard de dispositions spécifiques sur les pratiques trompeuses et agressives qui n'ont pas été rédigées avec ces nouvelles pratiques à l'esprit. (Par exemple un site web qui sans prévenir le consommateur réoriente la connexion de ce dernier vers un serveur situé dans un pays éloigné ce qui augmente de façon tout à fait inattendue le coût de sa facture téléphonique). Ces entités pourront désormais appliquer l'interdiction générale directement. Le fait d'avoir cette possibilité confirme que la directive peut s'adapter aux changements de technologie et au développement du marché »¹¹⁸⁵, ou encore que, « Ces catégories spécifiques ne portent pas préjudice au caractère autonome de l'interdiction générale qui, en tant que filet de sécurité, continuera de fournir un moyen d'évaluer le caractère loyal de toute pratique commerciale actuelle ou future n'entrant pas dans l'un des deux domaines clés mentionnés de manière explicite »¹¹⁸⁶.

467 C'est ainsi que cette règle générale permet de structurer la directive comme une « pyramide inversée »¹¹⁸⁷, s'intéressant dans un premier lieu aux pratiques de la liste noire la plus strictement encadrée, puis en second lieu aux pratiques répondant aux conditions plus ouvertes des articles 6 à 9 de la directive, et enfin déstructurant ce cadre en offrant une définition large des pratiques commerciales déloyales. Ce raisonnement en cascade est en effet plus pertinent qu'une analyse alternative qui verrait cette disposition générale comme une condition cumulative. En effet, ce ne serait pas respecter la volonté de la Commission d'accepter une telle addition des conditions¹¹⁸⁸, il est ainsi regrettable que la chambre commerciale de la Cour de cassation ait invité à rechercher les critères de catégorisation d'une pratique commerciale déloyale, au lieu d'exiger la preuve que le consommateur était amené à prendre « une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement », conformément aux dispositions de la directive concernant les pratiques commerciales trompeuses¹¹⁸⁹. Au contraire, l'interprétation en « pyramide inversée » ou

1185. Commission européenne, 18 juin 2003, COM (2003) 356 final, 2003/0134 (COD), Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales) (présentée par la Commission), SEC (2003) 724, §50.

1186. *Ibid.* §58.

1187. B. KEIRSBILCK, *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, op. cit.

1188. Voir en ce sens : J. MASSAGUER, « El nuevo derecho contra la competencia desleal ; La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales. », op. cit., 57.

1189. Cass. Com. 29 novembre 2011, n° 10-27.402, Bull. civ. IV, n° 195 ; D. 2011. 2989, 2012. 840, obs. SAUPHANOR- BROUILLAUD, et 2760, obs. PICOD ; RTD eur. 2012. 503, obs. ADALID, et 507, obs. RIAS ; Propr. ind. 3/2012, n° 28, obs. LARRIEU ; voir not. H. AUBRY et al., « Droit de la consommation : février 2011-février 2012 », Recueil Dalloz, 2012, p. 840.

en cascade se trouve confortée par la lecture de l'article 5 qui bien que présentant les conditions d'une pratique commerciale déloyale en premier temps, précise dans son paragraphe 4 que sont « en particulier » déloyales les pratiques qui sont trompeuses ou agressives. *A contrario*, les pratiques trompeuses ou agressives ne sont pas les seules pratiques déloyales, ces dernières doivent être entendues comme un ensemble plus large répondant aux conditions imposées plus tôt.

468 De la même manière, il apparaît que plus l'entonnoir est évasé, plus la définition peut faire l'objet d'une interprétation. C'est ce qui explique la condamnation de l'interdiction de la vente liée *per se* pratiquée par le gouvernement Belge. En effet, la liste noire étant une liste exhaustive et la vente liée n'entrant pas dans son cadre, il était *a priori* impossible de déclarer illicite une vente liée sur le fondement de la directive. Cela étant, rien n'interdisait aux États membres ainsi qu'à leurs juridictions de déclarer une pratique consistant en une vente liée comme commercialement déloyale vis-à-vis des consommateurs à l'aune du droit issu de la directive. Il découle donc de cette interprétation qu'une vente liée ne peut être interdite *per se* puisqu'elle ne figure pas au sein de la liste, mais qu'elle peut être interdite si elle est qualifiée de pratique commerciale déloyale après étude des données factuelles de l'espèce. Ceci permet de contrer la diminution de la protection des intérêts des consommateurs par rapport à certains droits nationaux *a priori* plus protecteurs que la directive et offre par la même occasion une cohérence accrue à cette dernière. Restait cependant à définir la vente subordonnée et à analyser si cette dernière était compatible avec le droit de l'Union.

469 C'est d'ailleurs cette possibilité d'interprétation qui a permis au législateur français au terme d'un long processus, oscillant entre risque de sanction et multiplication de lois, de se conformer au droit de l'Union européenne sans foncièrement diminuer la protection jusqu'alors offerte aux consommateurs.

En effet, en France, la transposition a fait l'objet de plusieurs lois successives débutant par l'article 39 de la loi 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Puis la transposition ayant été jugée incomplète par la Commission européenne, c'est la loi de modernisation de l'économie ¹¹⁹⁰ qui était censée venir compléter cette harmonisation grâce à ces articles 83 et 84.

Puis, la CJUE est venue sanctionner plusieurs États afin d'éclaircir la grille de lecture de la directive et ainsi de revenir sur certaines interdictions *per se* qui étaient pratiquées. Trois arrêts seront cités : le 23 avril 2009 ¹¹⁹¹, la Cour a affirmé que la directive s'opposait à ce qu'une loi nationale (telle que la loi Belge [de 1991] dont il était question) interdise toute offre conjointe, et ce même étant fait réserve des cas énumérés par ladite loi ¹¹⁹². Or, le droit français était sur ce point similaire au droit belge.

1190. Loi LME n° 2008-776 du 4 août 2008

1191. CJUE, 23 avril 2009, *VTB-VAB NV contre Total Belgium NV (C-261/07) et Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV (C-299/07)*, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, rec. 2009 I-02949.

1192. *Ibid.* §22 et 26.

Ensuite, le 14 janvier 2010¹¹⁹³, cette même Cour, après avoir rappelé la méthode de lecture du droit issu de la directive, a affirmé que cette dernière s'opposait à l'interdiction *per se* « des offres commerciales couplant l'achat de biens ou de services à la participation des consommateurs à un concours ou à un jeu »¹¹⁹⁴. Or, ici encore, le droit français était similaire à la règle édictée par l'UWG allemande.

Enfin, le 9 novembre 2010¹¹⁹⁵, la Cour confirmait la méthode de lecture de la directive afin de décider que cette dernière s'opposait à la disposition nationale qui interdisait de manière générale les ventes avec prime¹¹⁹⁶. Or, cette interdiction autrichienne était également opérée en France.

Finalement, suivant le raisonnement de la CJUE, la Cour de cassation a affirmé de la même manière qu'il le fut dans les affaires jointes C-261/07 et C-299/07, qu'une pratique de vente conjointe, n'apparaissant pas dans les listes interdisant les pratiques commerciales déloyales *per se* annexées à la directive, ne pouvait être qualifiée de déloyale que si elle était contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altérait ou était susceptible d'altérer de manière significative, le comportement économique du consommateur¹¹⁹⁷.

470 Toutes ces décisions jurisprudentielles ont mené le législateur à une troisième tentative de conformer le droit français au droit issu de la directive.

C'est alors la loi du 17 mai 2011¹¹⁹⁸ dite de simplification et d'amélioration de la qualité du droit qui est venue s'atteler à cette tâche.

Cela étant, la volonté de simplification affirmée s'est en réalité traduit par une dégradation de la lisibilité des textes.

En effet, le législateur s'était alors satisfait d'une simple adjonction à la fin de chaque article susceptible d'être sanctionné par la CJUE de la condition de déloyauté conforme à l'article L.120-1 du Code de la consommation¹¹⁹⁹.

Ces interdictions de principe étaient alors toujours présentes sous la même forme, mais *in fine* contredites, car aménagées par la condition de déloyauté édictée par la directive.

1193. CJUE, 14 janvier 2010, Aff. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV contre Plus Warenhandels-gesellschaft mbH.*, Rec. 2010 I-00217 ; D. 2010. Pan. 791, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *ibid.* AJ 258, obs. CHEVRIER ; RTD eur. 2010. 715, obs. AUBERT DE VINCELLES ; JCP E 2010, n° 1044 ; Gaz. Pal. 2010. 1043, obs. PEZÉ ; CCC 2010, n° 84, obs. RAYMOND ; RJDA 2010, n° 300 ; Dr. et proc. 2010. 115, note DE LA ASUNCION PLANES ; RLDA avr. 2010. 37, note GRALL et CAMILLERI ; RDC 2010. 1290, note AUBERT DE VINCELLES ; Europe 2010, n° 120, obs. MEISTER.

1194. *Ibid.* §51.

1195. CJUE, 9 novembre 2010, Aff. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contre "Österreich"-Zeitungsv Verlag GmbH*, Rec. 2010 I-10909 ; D. 2011. Pan. 975, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD eur. 2011. 630, obs. AUBERT DE VINCELLES ; CCC 2011, n° 21, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2011. 952, obs. PIEDELIÈVRE ; Dr. et proc. févr. 2011, suppl. Droit de la consommation, p. 5, obs. DE LA ASUNCION PLANES ; RDLC 2011, n° 1, p. 127, obs. ROBERVAL ; Europe 2011, n° 30, obs. IDOT.

1196. *Ibid.* §41.

1197. Cass. com., 13 juillet 2010, pourvois n°s 09-15304 et 09-66970.

1198. Loi n° 2011-525

1199. Reprenant l'article 5 de la directive 2005/29/CE.

471 Le législateur est alors encore intervenu en 2014¹²⁰⁰, avec une loi qui outre le fait d'avoir introduit l'action de groupe en droit français, a souhaité adapter ce droit à celui de l'Union européenne¹²⁰¹.

Cependant, cette dernière se contente de reprendre l'interdiction de certaines pratiques commerciales non citées par la directive en utilisant exactement la même formulation que celle employée par le législateur de 2011, alors qu'un toilettage aurait été, semble-t-il, plus efficace.

472 L'article L.121-35 d'abord¹²⁰², concerne les ventes ou prestations de services avec primes. Il s'agit de pratiques commerciales liant tout achat de produits ou de services, à l'offre d'un autre produit ou service gratuit. Une telle vente suppose donc l'existence d'une convention conclue à titre onéreux¹²⁰³ par laquelle le consommateur obtiendra le bien ou service à titre principal et une prime à titre accessoire, et ce, que cette prime soit un produit, un bien ou une prestation de services. Seront donc en principe exclues les remises d'espèce ou les réductions de prix¹²⁰⁴.

La loi de 2014 est ensuite venue apporter plusieurs modifications¹²⁰⁵ : tout d'abord quant à la qualité de la prime, la condition de différence, qui imposait que pour être interdite la prime dût consister en un objet ou service différent de celui qu'était l'objet principal du contrat, est supprimée. La déloyauté de la pratique sera alors à rechercher dans la contrariété à la diligence professionnelle, condition première de l'article L.120-1 du Code de la consommation.

Ensuite, concernant les menus objets et échantillons qui étaient jusqu'alors également exclus de la réglementation, il semble que ces derniers puissent désormais tomber sous le coup de la réglementation.

1200. Loi du 17 mars 2014 n° 2014-344 relative à la consommation.

1201. *Ibid.* Chapitre II, Section 6.

1202. **Art. L.121-35** « Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faite aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services (**L. n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 45**) « [,] dès lors que la pratique en cause revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 ».

Dans le cas où ces primes sont constituées d'objets distribués dans le but de satisfaire à des exigences environnementales, ils doivent être entièrement recyclables, qu'il s'agisse de carton recyclable ignifugé ou d'encre alimentaires.

Si ces objets appartiennent à la catégorie de produits et ingrédients, définis à l'article L. 3511-1 du code de la santé publique, ils ne doivent comporter aucune référence, graphisme, présentation ou tout autre signe distinctif qui rappelle un produit ou un ingrédient, défini à ce même article. Dans ce cas, les avertissements sanitaires relatifs aux dangers du tabac doivent être mentionnés. Les références de la personne intéressée à l'opération de publicité, la dénomination de la marque, du sigle ou logo peuvent être apposées sur les objets pour autant qu'elles respectent les dispositions restreignant ou encadrant la publicité concernant l'alcool, le tabac et les jeux ou paris en ligne, notamment prévue aux articles L. 3511-3, L. 3511-4 et L. 3323-2 à L. 3323-5 du code de la santé publique. Les modalités d'apposition des références sont définies par décret.

Le présent article s'applique à toutes les activités mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 113-2 du présent code.

Les règles relatives aux ventes avec primes applicables aux produits et services proposés pour la gestion d'un compte de dépôt sont fixées au 2 du I de l'article L. 312-1-2 du code monétaire et financier. ».

1203. Cass. Crim. 12 mai 1955 : D. 1955. 486.

1204. Cass. Com. 24 octobre 2000 : BRDA 2000, n° 21, p. 13.

1205. Voir également : ANDRIEU E., « Ventes avec primes : la nouvelle réglementation et ses conséquences. », CCC n° 12, Décembre 2014, étude 13.

Enfin, comme il l'a été précisé, la pratique ne sera interdite que si elle « revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 » du Code de la consommation. Il semble en réalité que le législateur ait souhaité se conformer à la directive par une exclusion des exceptions au profit d'un retour à la règle générale faisant dépendre la qualification de la déloyauté à la contrariété aux exigences de la diligence professionnelle. Bien sûr, cela ne remet pas fondamentalement en question ces exceptions qui pourront toujours selon une étude *in concreto* être qualifiées de conformes aux exigences de la diligence professionnelle, mais ces dernières ne seront plus imposées par la loi, mais par l'étude de l'espèce. Le glissement vers un libéralisme plus sensible est donc ici bien présent. Ainsi a-t-il pu être jugé que la pratique consistant à offrir une paire de lunettes pour l'achat d'une autre n'était pas déloyale, car le professionnel informait parfaitement le consommateur des conditions de l'offre ¹²⁰⁶. Il semblerait alors que plus que la pratique ce serait l'information du consommateur des mécanismes de cette dernière qui dut être loyalement opérée.

- 473** L'article L.121-36 ensuite ¹²⁰⁷, vient réglementer les loteries publicitaires en ce sens que lorsque la participation à une telle loterie est conditionnée à une obligation d'achat, la pratique n'est illicite que si elle revêt un caractère déloyal au sens de la directive.

Cet article appelle donc deux remarques, d'une part, une lecture *a contrario* de ce dernier permet d'affirmer que lorsque les loteries n'exigent des participants aucune contrepartie, elles sont en principe licites. Il est cependant évident que le plus souvent les loteries poussent inconsciemment les clients à passer commande et l'on peut se demander si le fait que la disposition demande que le bulletin de participation soit distinct de tout bon de commande est réellement suffisant pour empêcher que ces pratiques mènent au même résultat.

- 474** Ici encore, ce ne sera que si les critères de qualification de la pratique commerciale comme étant déloyale au sens de l'article L.120-1 du Code de la consommation sont remplis que la pratique pourra être interdite.

Ainsi, la Cour de cassation a pu approuver les juges du fond qui avaient déclaré une société qui avait incité un consommateur à passer commande afin d'obtenir un gain certain coupable de pratique commerciale trompeuse et de loterie déloyale ¹²⁰⁸.

D'ailleurs, la Cour de l'Union a par la suite entériné sa position en précisant que cette pratique n'était pas déloyale, et ce, même si la possibilité de participer à la loterie représentait

1206. CA Reims, 13 novembre 2012, SA Atol et autres c/ SAS Hans Anders France : JurisData n° 2012-029444, CCC 2013, comm. 69, obs. RAYMOND.

1207. **Art. L.121-36** « Les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit. (L. n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 45) « Lorsque la participation à cette opération est conditionnée à une obligation d'achat, la pratique n'est illicite que dans la mesure où elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1. » Le bulletin de participation à ces opérations doit être distinct de tout bon de commande de bien ou de service ».

1208. Cass. Crim., 20 novembre 2012, 11-89.090, 6960, JurisData : 2012-029118.

« au moins pour une partie des consommateurs concernés », le motif déterminant qui les avait incités à acheter le produit ¹²⁰⁹.

475 Finalement, la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises est venue mettre fin à l’ambiguïté de la disposition reprise par la Loi HAMON et dispose désormais en l’article L.121-36 du Code de la consommation que « les pratiques commerciales mises en œuvre par les professionnels à l’égard des consommateurs, sous la forme d’opérations promotionnelles tendant à l’attribution d’un gain ou d’un avantage de toute nature par la voie d’un tirage au sort, quelles qu’en soient les modalités, ou par l’intervention d’un élément aléatoire, sont licites dès lors qu’elles ne sont pas déloyales au sens de l’article L. 120-1 ».

476 Pour leur part, les droits statutaires américains soumettent les loteries publicitaires, c’est-à-dire dont le but est d’attirer des clients potentiels lors de ventes, à préciser lors de leur présentation de manière claire et univoque l’intention de soumettre les consommateurs à un processus de vente ¹²¹⁰. Allant plus loin, le Code californien interdit l’utilisation des termes prix ou cadeaux ¹²¹¹ ou d’autres termes similaires de toute manière fausse ou trompeuse ¹²¹². Ces manières étant notamment, mais non limitées aux faits de :

- déclarer à une personne par quelque moyen que ce soit, qu’elle a gagné un prix à condition qu’elle paie une somme, achète ou loue un bien ou service ;
- déclarer à une personne par quelque moyen que ce soit, qu’elle va recevoir un cadeau à condition qu’elle paie une somme, achète ou loue un bien ou service, si l’une ou plus des conditions suivantes est présente :
 - les frais d’expédition, selon la méthode utilisée, sont supérieurs, au coût moyen des frais de port d’un service de livraison interne à l’entreprise ou au montant des frais de port d’un livreur indépendant ;

1209. CJUE 9 nov. 2010 ; D. 2011. Pan. 975, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD eur. 2011. 630, obs. AUBERT DE VINCELLES ; CCC 2011, n° 21, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2011. 952, obs. PIEDELIÈVRE ; Dr. et proc. févr. 2011, suppl. Droit de la consommation, p. 5, obs. DE LA ASUNCION PLANES ; RDLCL 2011, n° 1, p. 127, obs. ROBERVAL ; Europe 2011, n° 30, obs. IDOT.

1210. California Business & Professions Code, §§17533.8 sqq. ;
De la même manière, Hawaii Revised Statutes, §481B-1.6 ;
§815, Illinois Compiled Statutes, 505/2P ;
Louisiana Revised Statutes, §51 :1721 ;
Michigan Compiled Laws Service, §445.903.

1211. Respectivement « prize » et « gift ».

1212. California Business & Professions Code, §17537.
Voir de la même manière : Colorado Revised Statutes, 6-1-803 ;
§815 Illinois Compiled Statutes 525/20 ;
Louisiana Revised Statutes, §51 :1723 ;
New Jersey Statutes, §56 :8-2.3 ;
Nevada Revised Statutes Annotated, §598.092 ;
73 Pennsylvania Statutes, §201-2 ;
Virginia Code Annotated, §59.1-416 ;
West Virginia Code, §46A-6-102 et §46A-6D-3.

- les frais de manutention sont déraisonnables, ou excèdent les frais réels de manutention, ou dépassent la plus élevée entre trois dollars et 80% du coût réel du cadeau, ou surpassent le montant réel de manutention versé à un manutentionnaire indépendant.
- les produits ou services devant être achetés ou loués pour obtenir le cadeau auraient pu être achetés sans le cadeau chez l'offreur à un prix inférieur au moment ou proche du moment où le don a été fait ;
- la majorité des ventes ou locations réalisées par l'offrant l'année précédente ont été effectuées lors d'une telle loterie ;
- l'offreur présente le gagnant comme spécialement sélectionné, sauf si la présentation est vraie et que le gagnant a effectué un achat chez l'offreur dans les six mois avant le cadeau ou possède notamment une carte de crédit le liant à l'offreur.

Enfin, concernant le principe même de concours, celui-ci ainsi que l'utilisation du mot prix sont encadrés, il s'agit ainsi d'éviter au consommateur de se croire spécialement sélectionné alors qu'il ne l'est pas. En ce sens la Caroline du Nord impose, pour l'utilisation de tels procédés, que le destinataire ait réellement été sélectionné par une méthode par laquelle pas plus de 10% des participants ont été sélectionnés, que le gagnant ait gagné sans autre obligation, et que le prix lui soit livré sans surcoût dans les dix jours ¹²¹³.

477 L'article L.122-1 enfin ¹²¹⁴, encadre notamment les ventes ou prestations subordonnées en ce sens qu'il est interdit de proposer deux contrats présentés comme étant dépendants l'un de l'autre ¹²¹⁵, ou de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une plus grande quantité ¹²¹⁶, ou d'autres produits ; étant cependant exclus les lots traditionnels : en effet il ne pourra être reproché à un commerçant, le fait de vendre une série complémentaire de mêmes produits ¹²¹⁷.

Étant toutefois précisé qu'ici encore cette subordination ne sera interdite que si elle remplit les conditions de l'article L.120-1 du Code de la consommation.

1213. North Carolina General Statutes, §75-32 ;

Voir de la même manière, Nevada Revised Statutes, §598.136 sqq. reprenant les mêmes obligations, mais en y ajoutant la mention obligatoire et visible du nom et de l'adresse de l'annonceur, en augmentant le délai de livraison à trente jours, en obligeant l'annonceur à faire apparaître le caractère promotionnel de l'opération. Enfin en encadrant la simple chance de gagner.

1214. **Art. L. 122-1** « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit (**L. n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 45**) dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 ».

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

(L. n° 2001-1168 du 11 déc. 2001, art. 13-IV) Pour les établissements de crédit, (Ord. n° 2013-544 du 27 juin 2013, art. 6, en vigueur le 1^{er} janvier 2014) les sociétés de financement, (L. n° 2013-100 du 28 janv. 2013, art. 23) les établissements de monnaie électronique, (Ord. n° 2009-866 du 15 juill. 2009, art. 16, en vigueur le 1^{er} novembre 2009) les établissements de paiement et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier, les règles relatives aux ventes subordonnées sont fixées par le 1^{er} du I de l'article L. 312-1-2 du même code. ».

1215. Grenoble, 4 févr. 2002 : BRDA 2002, n° 7, p. 13 ; Cah. dr. entr. 2002, n° 5, p. 37, n° 18, obs. Mainguy.

1216. Paris, 6 mai 1997 : CCC 1998, n° 16, obs. RAYMOND.

1217. Cass. Crim. 30 nov. 1981 : D. 1982. IR 151.

Parallèlement, certains droits statutaires américains encadrent eux aussi les prestations subordonnées. Ainsi, le Code Californien par exemple, soumet toute publicité, notamment sur Internet, sollicitant l'achat ou la location d'un produit ou service (ou une combinaison de ceux-ci), qui exigerait l'achat ou la location d'un autre bien ou service, de mettre en évidence dans l'annonce le prix de tous ces biens ou services¹²¹⁸.

478 Enfin, étrangement, la disposition relative aux offres conjointes de droit espagnol, figurant à l'article 34 de la loi encadrant le commerce au détail¹²¹⁹, n'a pas été modifiée par la loi du 30 décembre 2009¹²²⁰, laissant l'Espagne susceptible d'être, pour sa part, sanctionnée par la CJUE.

Il convient alors de constater que les imperfections nées de la loi de 2011 sont en réalité, malgré une nouvelle intervention du législateur, toujours présentes.

Cela étant, malgré ces légères imperfections, il semble que sur ces points le droit français soit finalement conforme au droit issu de la directive.

479 Deux remarques seront cependant apportées :

- D'une part, certaines libertés prises par le législateur français risquent de tomber sous le coup du droit de l'Union :
 - Tout d'abord concernant la revente à perte. Cette dernière reste prohibée par l'article L.442-2 du Code de commerce. Or, cette pratique peut entrer dans le champ de la présente directive. En effet, la loi du 2 juillet 1963 d'où est issue cette interdiction avait pour objectif de protéger les consommateurs contre les pratiques de prix d'appel et notamment de revente à perte. Or, la directive s'applique aux pratiques portant atteinte aux intérêts des consommateurs, même si cet intérêt n'est pas exclusif¹²²¹. Cependant, cette loi a depuis été modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1996 qui n'avait pas pour but de protéger les consommateurs, mais les concurrents et la concurrence. Il s'agirait alors de savoir si une telle modification suffirait à exclure cette réglementation du champ de la directive, ce qui reste une appréciation incertaine. En effet, la

1218. California Business & Professions Code, §17509.

1219. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, artículo 34. Prohibición de ofertas conjuntas :

1. *Queda prohibido ofrecer conjuntamente y como una unidad de contratación dos o más clases o unidades de artículos excepto en los casos siguientes :*

a) *Cuando exista una relación funcional entre los artículos ofertados.*
 b) *Cuando sea práctica comercial común vender ciertos artículos en cantidades superiores a un determinado mínimo.*
 c) *Cuando se ofrezca, simultáneamente, la posibilidad de adquirir los artículos por separado y a su precio habitual.*
 d) *Cuando se trate de lotes o grupos de artículos presentados conjuntamente por razones estéticas o para ser destinados a la realización de obsequios.*

2. *En todo caso, será de aplicación lo dispuesto al respecto en la legislación sobre defensa de la competencia.*

1220. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

1221. Voir document de travail de la Commission européenne, 3 décembre 2009, SEC(2009) 1666, n° 1.7.

réglementation Belge de protection des consommateurs par l'interdiction *per se* des reventes à perte a été déclarée par le CJUE contraire à la directive¹²²²

Il serait alors normalement plus cohérent de ne pas interdire *per se* une telle pratique et de revenir au régime développé par la directive.

Or, cette pratique ne figurant pas dans la liste annexée à la directive, le retour à la règle du socle est nécessaire. Une telle pratique, ne devrait alors être interdite que si elle était contraire à la diligence professionnelle et altérer ou était susceptible d'altérer de manière significative le comportement économique du consommateur¹²²³.

De plus, et en dehors de ces considérations juridiques, il serait possible de remettre en cause la nécessité politique d'une telle interdiction qui aujourd'hui semble peu effective, l'utilisation de technique de prix d'appel sans que ces derniers n'engagent de pertes pour l'auteur étant suffisante et le plus souvent utilisée¹²²⁴.

Il sera en effet ici question de distinguer entre le paternalisme le plus souvent privilégié notamment en France considérant que l'emploi de techniques de reventes à perte engendre un biais cognitif chez le consommateur qui croit alors que ce concurrent est plus compétitif sur l'ensemble des produits proposés, et donc qu'une interdiction *a priori* est nécessaire afin d'éviter ce biais ; et la vision libérale notamment défendue par l'Union européenne et les Pays anglo-américains qui jugent au contraire qu'une telle pratique est l'occasion pour un consommateur, considéré comme conscient que cet avantage concurrentiel est limité à ce produit, de bénéficier d'un prix avantageux.

Il semble ici qu'un pragmatisme tel que celui employé par les droits anglo-américains faisant naître une interdiction *per se* de la théorie des précédents et offrant ainsi une office élargie aux acteurs juridiques et notamment aux magistrats serait plus cohérent que l'imposition politique et *a priori* d'une interdiction *per se*.

- Ensuite, concernant la publicité de réduction de prix, la CJUE a considéré durant l'été 2014 que la réglementation belge devait laisser place à une appréciation du

1222. CJUE, 7 mars 2013, *Euronics Belgium CVBA contre Kamera Express BV et Kamera Express Belgium BVBA*, aff. C-343/12, non encore publié(e) (Recueil général).

1223. Le Professeur VOINOT propose ici de revenir à la disposition concernant les pratiques commerciales trompeuses et de s'interroger si une telle revente à perte ne serait pas trompeuse pour le consommateur quant au prix ou au mode de calcul de ce dernier : VOINOT D., « L'interdiction de revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ? », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution*, 2014, p. 171.

Il semble *a contrario* que le recours à cette disposition n'est pas pertinent, car ce qui est alors poursuivi n'est pas le fait de tromper le consommateur sur le prix ou son mode de calcul, le professionnel pourrait par ailleurs informer le consommateur de sa pratique que la décision serait certainement la même. Il s'agit en réalité de lutter contre la déloyauté par vis-à-vis des concurrents qui peut être qualifiée de contraire à la diligence professionnelle et qui si elle altère ou est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur permettra de qualifier la pratique de commercialement déloyale.

1224. DGCCRF, BENZONI L. et VOGEL L., « Atelier de la DGCCRF ; Le droit français de la consommation confronté au droit européen des pratiques commerciales déloyales », 7 octobre 2014.

caractère déloyal de la pratique opérée à l'aune du droit issu de la directive ¹²²⁵. En effet, la réglementation Belge imposait aux publicités effectuées lors de périodes de soldes de faire référence au prix le plus bas pratiqué un mois avant la promotion et donc interdisait per se les pratiques qui ne respectaient pas cette condition. Une interdiction qui n'apparaît pas au sein de l'annexe de la directive 2005/29/CE et pratiques qui devrait donc, conformément aux souhaits de la Commission, être analysées cas par cas malgré un risque d'insécurité juridique notamment due à une différence de solutions suivant le mécanisme d'étude *in concreto* des cas ¹²²⁶.

Il est donc fortement probable que la réglementation française, issue de l'arrêté du 31 décembre 2008, par sa similarité aurait elle aussi pu être sanctionnée ¹²²⁷. C'est pourquoi le législateur, par un arrêté du 11 mars 2015 ¹²²⁸, est venu abroger cet arrêté et dispose en son article premier que « toute annonce de réduction de prix est licite sous réserve qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 du code de la consommation et qu'elle soit conforme aux exigences du présent arrêté ». Si la référence aux conditions de déloyauté de l'article L.120-1 est heureuse, il en est autrement de la précision finale qui exige que l'annonce de réduction de prix soit conforme aux articles suivants de l'arrêté. En effet, si la contrariété aux articles de l'arrêté rend illicite la pratique commerciale, il impose ce faisant des conditions supplémentaires de légalité. Or, la directive 2005/29/CE étant d'harmonisation maximale, il semble que seules les deux conditions reprises par l'article L.120-1 du Code de la consommation seraient fondées à être reçues comme conditions de légalité de la pratique commerciale consistant en une annonce de réduction de prix. Il aurait cependant été loisible au législateur de préciser que les articles suivants pouvaient être considérés pour définir ce qu'impose la diligence au professionnel s'engageant dans une telle pratique. Ces articles auraient alors été constitutifs du faisceau d'indices permettant de qualifier une pratique comme étant contraire à la diligence professionnelle ; pratique qui, si elle altérerait en sus le comportement économique du consommateur, pourrait être qualifiée de déloyale au sens du droit issu de la directive.

- Enfin, concernant les loteries publicitaires, avant de se conformer à la directive par un renvoi à L.120-1 du Code de la consommation ¹²²⁹, le législateur a souhaité encadrer strictement les participations aux loteries en les conditionnant au paiement

1225. CJUE, 10 juillet 2014, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, aff. C-421/12, non encore publié(e) (Recueil général), D. 2014. 2488, obs. DORANDEU ; RTD eur. 2014. 730, obs. AUBERT DE VINCELLES.

1226. AUBRY H., POILLOT E. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Droit de la consommation ; avril 2014 - 15 janvier 2015. », D.2015, p. 588.

1227. Pour une question préjudicielle à ce sujet : voir Cass. Crim. 9 septembre 2014, n° 13-85.927, CCC 2014. Comm. 283, obs. RAYMOND.

1228. Arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, JORF n° 0070 du 24 mars 2015 page 5378, texte n° 33.

1229. Voir *supra*.

de frais non surtaxés, dont les conditions de remboursement sont fixées par le règlement de la loterie et dont cette possibilité est précisée au consommateur.

Or, il convient de se demander si ce cadre particulièrement strict est conforme à la volonté de réglementation des pratiques commerciales de la Commission européenne. En effet, ce cadre strict prévu *in abstracto* semble difficilement conciliable avec la volonté de qualification *in concreto* de la déloyauté reposant notamment sur une altération ou une possibilité d'altération du comportement économique du consommateur.

- Cette même prise de libertés se retrouve dans la transposition des articles 6 à 8 de la directive. En effet, les éléments permettant de qualifier une pratique de trompeuse ou d'agressive n'ont soit pas été inclus, soit été modifiés par les articles L.121-1, L.122-11 et L.122-11-1 du Code de la consommation.

Il semble ici qu'il aurait été plus cohérent de reprendre les listes établies par la directive permettant ainsi au droit français d'être certain de se conformer au droit de l'union.

Enfin, l'organisation de ces dispositions au sein du Code de la consommation est elle-même surprenante. En effet, d'une part l'ensemble des pratiques commerciales déloyales n'est pas traité de manière uniforme : alors que les pratiques commerciales trompeuses sont incluses au sein d'un chapitre premier intitulé pratiques commerciales réglementées, les pratiques commerciales agressives figurent sous le chapitre deux intitulé pratiques commerciales illicites. Doit-on y voir une volonté de classification selon la gravité des pratiques ? En tout état de cause cette distinction n'existe pas au sein de la directive qui ne vient pas réglementer, mais interdire toute pratique commerciale déloyale qu'elle soit trompeuse ou agressive.

D'ailleurs, alors même que le Code de la consommation ne semble que souhaiter réglementer les pratiques commerciales trompeuses, il les sanctionne avec l'article L.121-6¹²³⁰. Il s'agit donc de pratiques commerciales réglementées, mais sanctionnées ; autrement dit, interdites.

Il ne s'agirait alors ici de se contenter de distinguer :

- La publicité qui elle, n'est effectivement que réglementée et ne sera interdite que, comme toute autre pratique commerciale, quand elle sera trompeuse, de nature à induire en erreur¹²³¹, sera employée de manière déloyale : ce qui sera notamment le cas lors de publicités comparatives parasitaires ; entraînant un discrédit ou un dénigrement du concurrent ; engendrant une confusion entre les personnes ou les produits ; ou enfin présentant des biens ou services comme des imitations ou copies de biens ou services concurrents¹²³².

1230. « Les pratiques commerciales trompeuses sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros [...] ».

1231. Code de la consommation, art. L.121-8.

1232. Code de la consommation, art. L.121-9.

Cette disposition démontre avec force, s'il l'était encore nécessaire, la consanguinité existant entre les protections consacrées par le droit de la consommation, celles d'origine jurisprudentielle faisant naître et épanouir la théorie de la concurrence déloyale, mais également celle issue du Code de la propriété intellectuelle protégeant les signes distinctifs.

D'ailleurs, l'article L.121-14 précise quant aux sanctions de ces pratiques qu'elles seraient sans préjudice de l'application de l'article 1382 du Code civil ou des dispositions du CPI.

- Les contrats conclus à distance ou hors établissement désormais encadrés par la directive 2011/83/UE et devant faire l'objet :
 - d'une information renforcée¹²³³ qui si elle n'est pas respectée, est susceptible de rendre la pratique trompeuse au sens de la directive 2005/29/CE, et de toute manière illégale, car contraire à l'ordre public protégé par le Code de la consommation¹²³⁴ ;
 - d'un délai de réflexion pendant lequel le professionnel ne devrait recevoir aucun paiement¹²³⁵ et ce, afin de permettre au consommateur de se défaire de toute emprise susceptible de l'atteindre ;
 - d'un droit de rétractation pendant un délai de 14 jours à compter de la conclusion du contrat pour ceux de prestation de service, ou de la livraison du bien pour ceux de vente de bien ou de prestation de services accompagnée de la livraison d'un bien¹²³⁶.

La réglementation de ces contrats montre en réalité une volonté double du législateur face à une situation de faiblesse accrue du consommateur qui ne se trouve pas dans une situation de consommation traditionnelle : d'une part, ce dernier doit obtenir une information qu'il aurait plus aisément obtenue s'il s'était déplacé chez le commerçant ; enfin et surtout, il ne doit pas se sentir pieds et poings liés par la décision prise lors de la rencontre, quitte à nier les principes fondamentaux du droit des contrats et permettre, outre une réflexion supplémentaire, un droit d'anéantissement unilatéral et discrétionnaire d'une convention même partiellement exécutée¹²³⁷.

Finalement et plus surprenant encore, les ventes sans commande préalable et les ventes à la boule de neige sont traitées à part des autres pratiques commerciales agressives. Il conviendrait alors, outre le toilettage proposé plus haut, de respecter l'organisation souhaitée par la Commission européenne permettant une lecture conforme à celle rappelée avec constance par la Cour de Justice de l'Union européenne.

1233. Voir not. Code de la consommation, art. L.121-17 s. et L.121-19 s.

1234. Pour un développement sur l'ordre public, voir n° 635.

1235. Code de la consommation, art. L.121-18-2.

1236. Code de la consommation L.121-21 sqq.

En outre pour un développement au sujet des délais de réflexion et de rétractation, voir n°s 642 sqq.

1237. Voir en ce sens p. 378 sqq.

Section 2 L'approche de la *common law*.

480 Trois remarques seront ici apportées, d'une part, la *common law* semble ne pas connaître de théorie générale de la concurrence déloyale (§1)¹²³⁸ ; cependant, la déloyauté est considérée lorsqu'elle vise à encourager la violation d'un contrat (§2)¹²³⁹ ; et enfin, l'entente est largement considérée comme une pratique commerciale déloyale (§3)¹²⁴⁰.

§1 La méconnaissance de la théorie générale de concurrence déloyale.

481 Contrairement au droit européen, le droit de *common law* ne connaît que peu le délit général de concurrence déloyale et *a fortiori*, l'application de cette théorie aux pratiques exercées vis-à-vis des consommateurs.

Les *economic torts* viennent remplir ce vide juridique en permettant aux plaignants de trouver une compensation nécessaire à la réparation des préjudices subis du fait des pratiques déloyales et donc *in fine* d'agir contre les excès de concurrence. Ainsi, la Cour suprême d'Alabama par exemple, a refusé de reconnaître la concurrence déloyale comme cause d'action, considérant que celle-ci était déjà prise en considération par le *tort of interference with business relations*¹²⁴¹.

À l'inverse, alors qu'elle a promulgué l'*Unfair Competition Law*, la Californie accepte encore les demandes fondées sur la concurrence déloyale issue de la *common law*. Ce *tort* englobe l'imitation dans le but de tromper les consommateurs sur l'origine des biens et services¹²⁴², l'appropriation fautive de la propriété d'un concurrent, y compris les secrets¹²⁴³, l'interférence avec les relations contractuelles ou d'affaire d'un concurrent, et la diffamation.

L'Indiana reconnaît une action pour concurrence déloyale, mais cette dernière se limite en réalité au *palming off* ou *passing off*¹²⁴⁴ additionnée à la violation des droits de propriété des noms commerciaux¹²⁴⁵.

En outre, tous les États ont une loi de protection des consommateurs¹²⁴⁶. Le Président BUSH avait en 2006 déclaré que son administration allait renforcer la protection des consom-

1238. p. 277 sqq.

1239. p. 283 sqq.

1240. p. 290 sqq.

1241. *City Ambulance, Inc. v. Haynes Ambulance, Inc.*, 431 So. 2d 537, 539 (Ala. 1983).

1242. *Barquis v. Merchants Collection Assn. of Oakland*, 7 Cal. 3d 94, 109-112 (Cal. 1972).

1243. *Ajala v. Bohlin*, 178 Cal. App. 2d 292, 301 (Cal. Ct. App. 1960).

1244. *Bartholomew County Beverage Co., Inc. v. Barco Beverage Corp., Inc.*, 524 N.E.2d 353, 358 (Ind. Ct. App. 1988) ;

Hartsler v. Goshen Churn & Ladder Co., 55 Ind. App. 455, 104 N.E. 34, 37 [1914].

1245. *Hammons Mobile Homes, Inc. v. Laser Mobile Home Transport, Inc.*, 501 N.E.2d 458, 462 (Ind. Ct. App. 1986).

1246. CARTER C.L., « A 50-State Report on Unfair and Deceptive Acts and Practices Statutes », NATIONAL CONSUMER LAW CENTER INC., février 2009.

mateurs ¹²⁴⁷ et peu de temps après était promue une proposition fondamentale selon laquelle la *contract law* était le seul recours offert aux consommateurs qui avaient été floués ¹²⁴⁸.

482 De plus, traditionnellement, pour que ces principes puissent être mis en œuvre, il est nécessaire que les pratiques s'inscrivent dans une relation tripartite : la relation entre deux concurrents dont l'un agirait de manière déloyale, et un consommateur, semble donc être particulièrement propice à une mise en œuvre de la théorie des *economic torts* ¹²⁴⁹. Cela étant, le développement jurisprudentiel récent montre qu'il est possible de sortir de la nécessité d'une relation tripartite au profit d'une relation bipartite. En effet, à la base, la présence d'un tiers intermédiaire était nécessaire ¹²⁵⁰, la responsabilité était basée sur le fait que le défendeur avait causé un dommage à travers l'instrumentalité d'un tiers. Cela étant, l'affaire *Total Network* a étendu la responsabilité aux inflexions directes et intentionnelles de préjudices économiques, ouvrant ainsi la protection aux relations bipartites et tripartites.

483 Cela étant, cette ouverture apparaissait déjà de temps en temps ¹²⁵¹. La question est alors de savoir pourquoi une telle ouverture est nécessaire. En effet, la relation tripartite permettait de protéger la victime par ricochet d'un délit déjà existant. En réalité, les *unlawful means* ne sont pas uniquement constitués de délits, il s'agit donc de « *tortifier* » (*tortify*) des agissements déloyaux ¹²⁵². Cela étant, dans une relation bipartite, il ne serait pas opportun de protéger davantage que ce qui est permis par le droit contractuel sauf dans les cas de protection des relations *in contrahendo* ¹²⁵³. Enfin, cette protection est une sorte de "*gap fillers*" il s'agit donc de donner une protection où les délits spéciaux ont échoués.

484 Selon le Professeur DAN B. DOBBS, la concurrence déloyale est un terme général qui inclut les pratiques commerciales trompeuses, les actes tels que l'atteinte aux marques, et l'appropriation

1247. Proclamation n° 7979, 71 Fed. Reg. 6,333, 3 février 2006 <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2007-title3-vol11/pdf/CFR-2007-title3-vol11.pdf>

1248. BRAUCHER J., « Symposium : DAN B. DOBBS conference on economic tort law : Deception, economic loss and mass-market customers : Consumer protection statutes as persuasive authority in the Common Law and fraud. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 829, Winter 2006.

1249. CARTY H., *An Analysis of the Economic Torts*, Second Edition, Oxford ; New York : Oxford University Press, 25 novembre 2010, 364 p.

1250. *Quinn v. Leathel* [1901] A.C. 495 ;
Rookes v. Barnard [1964] A.C. 1128.

1251. [1987] I.C.R. 181 ;
[1992] T.L.R. 300, C.A. ;
[1994] 116 D.L.R. (4th) 514 ;
[1898] AC 1, p 17 ;
[1965] A.C. 269 ;
[1964] A.C. 1129 ;
[2007] U.K.H.L. 21 ;
[2008] 1 AC 1.

1252. SALES P. et STILITZ D., « Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means. », *Law Quarterly Review*, vol. 115, 411 sqq., 1999.

1253. *Ibid.*

tion de valeurs commerciales ou droits de publicité¹²⁵⁴. Pour sa part, le *Black's Law Dictionary*¹²⁵⁵, définit la concurrence déloyale comme la rivalité malhonnête et frauduleuse dans les affaires et le commerce ; et spécialement, comme les pratiques s'efforçant à faire passer des biens ou produits pour ceux des autres (*passing off*) : en imitant ou contrefaisant le nom, la marque, la taille, la forme ou d'autres signes distinctifs caractéristiques du produit ou de son packaging. Autrement dit, il s'agira en outre de l'ensemble des lois, englobant différents délits par rapport aux affaires ou aux droits de propriété, tous généralement basés sur des pratiques commerciales trompeuses, incluant le *passing off*, la publicité fausse, le dénigrement commercial, et l'appropriation frauduleuse.

- 485** En outre, il est intéressant de soulever qu'aux États-Unis, *unfair competition* et *passing off* sont souvent utilisés comme des synonymes¹²⁵⁶. Cette situation découle du fait que dans certains États, et notamment dans l'Idaho, la concurrence déloyale trouve ses racines dans le *tort of deceit*, version primitive des délits de représentation fausse¹²⁵⁷, dont le *passing off* est la version la plus avancée. Cette analogie entre la tromperie sous toutes ses formes et la concurrence déloyale s'explique par le fait soulevé plus tôt, que dans les États de *common law*, la concurrence est le but premier¹²⁵⁸ et que la loyauté n'est prise en considération que quand l'acte du concurrent est particulièrement extrême, ce qui sera par exemple le cas lorsque le consommateur sera trompé¹²⁵⁹. En effet, les consommateurs sont au cœur du système contrairement aux États reposant sur le droit civil où la concurrence déloyale met le concurrent au cœur de son système.

Cela étant, ce caractère synonyme pose des difficultés lorsque les deux régimes se croisent. En effet, les États de *common law* ont pour tendance d'élargir le concept de *passing off*¹²⁶⁰, à l'inverse, l'Europe se réfère à l'*unfair competition* poussant le Royaume-Uni à interpréter le *passing off* de manière éloignée.

- 486** En outre, malgré le caractère protéiforme du *passing off*, il est en réalité encore éloigné de la concurrence déloyale, car il ne constitue pas une action générale contre les appropriations frau-

1254. DOBBS D.B., *The law of torts*, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series).

1255. *Black's law dictionary*, 9th ed, St. Paul, MN : West, 2009.

1256. LAFRANCE M., « Passing off and unfair competition : conflict and convergence in competition law. », *Michigan State Law Review*, vol. 2011, n° 1413, 2011 ;

Johnson Gas Appliance Co. v. Reliable Gas Prods. Co., 10 N.W.2d 23, 27 (Iowa 1943).

1257. *Woodland Furniture, LLC v. Larsen*, 142 Idaho 140, 124, 147, P.3d 1016 (2005), citant *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 109 S. Ct. 971, 103 L. Ed. 2d 118 (1989).

1258. Voir, not. *L'Oreal SA v. Bellure NV*, [2010] EWCA (Civ) 535, [20], [2010] RPC 23 (UK) ;

Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 US 225, 231-32 (1964) ;

Smith v. Chanel, 402 F.2d 562, 566 (9th Cir. 1968) ;

Société Comptoir de l'Industrie Cotonnière Établissements Boussac v. Alexander's Dep't Stores, Inc., 299 F.2d 33, 37 (2d Cir. 1962).

1259. *William R. Warner & Co. v. Eli Lilly & Co.*, 265 US 526, 532 (1924) ;

U-Haul Int'l, Inc. v. Jartran, Inc., 681 F.2d 1159, 1162 (9th Cir. 1982).

1260. CARTY H., *Character Merchandising and the Limits of Passing Off*, 13 *LEGAL STUD.* 289, 290 (1993) ; 15 USC §1125.

duleuses notamment de la valeur immatérielle de la marque. De plus, la concurrence déloyale, même si elle lutte principalement contre la tromperie, permet aussi d'éviter qu'un concurrent ne tire déloyalement un avantage du caractère distinctif ou de réputation d'une marque, ne discrédite ou ne dénigre un concurrent loyal, ou encore imite ou contrefasse les produits de ce dernier ¹²⁶¹.

487 Cette différence d'approche s'explique par le libéralisme assumé des États de *common law* et se retrouve sur certains points. Tout d'abord concernant la publicité comparative, elle est un média très apprécié des États de *common law* ¹²⁶², elle est donc autorisée tant que les faits exprimés sont vrais ou du moins que leur caractère faux n'est pas démontrable ¹²⁶³. En outre, l'exagération est très tolérée ce qui permet aux concurrents d'exagérer leur supériorité ¹²⁶⁴. Enfin, ce qui pourrait être considéré comme du discrédit ou du dénigrement est possible. En effet, les concurrents peuvent ridiculiser ou rabaisser leur concurrent tant que ce qu'ils affirment est vrai ¹²⁶⁵, les Cours ont même accepté les moqueries envers les consommateurs attachés aux concurrents ¹²⁶⁶.

488 Cela étant, le dénigrement des produits d'un concurrent pourrait être pris sous le prisme des *malicious falsehood* ¹²⁶⁷. En outre, en dehors du dénigrement, l'auteur d'une publicité fausse, pourrait aussi être responsable vis-à-vis du consommateur trompé ¹²⁶⁸. Mais dans ce cas, le concurrent ne pourrait être indemnisé que s'il montrait un préjudice direct ¹²⁶⁹. C'est alors que le *Lanham Trademark Act* a, par son paragraphe 43(a), précisé que le concurrent pouvait agir contre celui qui présentait faussement les qualités de ses produits.

489 Concernant l'imitation, elle est tolérée dans les États de *common law* tant qu'elle ne viole

1261. CJUE, 15 mars 2005, Aff. C-228/03, *The Gillette Company et Gillette Group Finland Oy contre LA-Laboratories Ltd Oy*. Rec. 2005 I-02337.

1262. *Sony Computer Entm't Am., Inc. v. Bleem*, 214 F.3d 1022, 1027 (9th Cir. 2000) ;
August Storck K.G. v. Nabisco, Inc., 59 F.3d 616, 618 (7th Cir. 1995) ; 16 C.F.R. § 14.15 (2012) ;
 15 U.S.C. § 1125(c)(3)(A)(i) (2006).

1263. *Castrol, Inc. v. Pennzoil Co.*, 987 F.2d 939, 941 (3d Cir. 1993) ;
Calvin Klein Cosmetics Corp. v. Parfums de Coeur, Ltd., 824 F.2d 665, 668 (8th Cir. 1987).

1264. *Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Intern., Inc.*, 227 F.3d 489, 498-99 (5th Cir. 2000) ;
Southland Sod Farms v. Stover Seed Co., 108 F.3d 1134, 1145 (9th Cir. 1997).

1265. *Sims v. Mack Truck Corp.*, 488 F. Supp. 592, 605-06 (E.D. Pa. 1980) ;
Universal Athletic Sales Co. v. Am. Gym, Recreational & Athletic Equip. Corp., Inc., 397 F. Supp. 1063, 1073 (W.D. Pa. 1975) ;
Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Chandris Am. Lines, Inc., 321 F. Supp. 707, 712-13 (S.D.N.Y. 1971).
 Contra. *Deere & Co. v. MTD Products, Inc.*, 41 F.3d 39 (2d Cir. 1994).

1266. LAFRANCE M., « Passing off and unfair competition : conflict and convergence in competition law. », *Michigan State Law Review*, vol. 2011, n° 1413, 2011.

1267. Voir p. 225 sqq.

1268. Voir p. 214 sqq.

1269. Par exemple, *American Washboard Co. v. Saginaw Mfg. Co.*, 103 Fed. 281 (6th Cir. 1900).

pas de droits de propriété intellectuelle (étant considéré comme compris le secret)¹²⁷⁰. Dans ces conditions, la publicité sur la copie et la nomination de la marque déposée copiée sont elles aussi acceptées¹²⁷¹. Ces imitations ne pourront donc être limitées que par le régime des *trademark* permettant ainsi de se baser sur la protection contre l'atteinte à cette marque, que cette atteinte soit effectuée par la violation du droit de propriété (*trademark infringement*) créant une probable confusion, par une dilution de son pouvoir attractif (*dilution*), ou un ternissement de son rayonnement (*tarnishment*).

490 Il semble alors que le régime des signes distinctifs soit irradié par le prisme des pratiques commerciales déloyales. En effet, déjà en 1898, le juge FRY, après avoir exprimé que « tracer une ligne entre la concurrence loyale et déloyale, entre ce qui est raisonnable et déraisonnable [dépassait] le pouvoir des Cours », affirmait qu'il n'avait aucun doute qu'il fût illégal qu'un homme n'interfère avec les affaires d'un autre, que ce soit par la *fraud* ou la présentation fausse, et qu'une telle interférence fût un acte de concurrence déloyale¹²⁷².

Cela étant, le droit des marques, basé sur les droits statutaires, a comme en France été développé à côté du mécanisme de concurrence déloyale et plus spécifiquement au *passing off* reconnu par les États de *common law*. En effet, il se peut qu'une personne fasse passer ses produits pour ceux de la victime. Or, l'identification des biens par des marques ou des noms a pour objectif de permettre aux consommateurs d'identifier la source des produits.

C'est pourquoi tant en Europe qu'aux États-Unis ont été développés des droits spécialement créés pour la protection de ces marques. Aux États-Unis, cette loi est le *Lanham Trademark Act* du 6 juillet 1946. Elle permet une responsabilité pour violation des marques enregistrées, l'article alors invoqué sera le 15 USC §1114 qui dispose que toute personne qui, sans la permission du propriétaire, utiliserait dans le commerce toute reproduction, contrefaçon, copie, ou imitation d'une marque enregistrée en rapport avec la vente, la proposition à la vente, la distribution, ou la publicité pour tout bien ou service susceptible de causer une confusion, une erreur, ou de tromper ; ou reproduirait, contreferait, copierait, imiterait une marque enregistrée et appliquerait cette reproduction, contrefaçon, copie, ou imitation sur des étiquettes, signes, impressions, packages, emballages, récipients, ou publicités censés être utilisés dans le commerce dans le but ou en connexion avec la vente, la distribution, ou la publicité de biens ou de services susceptibles de causer une confusion, une erreur, ou de tromper, est civilement responsable¹²⁷³.

491 De la même manière, le paragraphe 1125(a) de l'USC rend civilement responsable toute

1270. *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964) ;
Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc., 376 U.S. 234 (1964).

1271. *Saxlehner v. Wagner*, 216 US 375 (1910) ;
Smith v. Chanel, Inc., 402 F.2d 562, 566 (9th Cir. 1968) ;
Société Comptoir de l'Industrie Cotonnière Établissements Boussac v. Alexander's Dept. Stores, Inc., 299 F.2d 33 (2d Cir. 1962) ;
Viavi Co. v. Vivimedia Co., 245 F. 289, 292 (8th Cir. 1917).

1272. *Mogul Steamship Co. v. McGregor*, 23 Q.B.D. 598, 626, 58 L.J.Q.B. 465 (1898).

1273. 15 USC §1114 :

(1) *Any person who shall, without the consent of the registrant*

personne qui sur, ou en connexion avec un bien, un service, ou le contenant de biens, utiliserait dans le commerce tout mot, terme, nom, symbole, devise, ou toute combinaison de ces derniers, ou toute fausse désignation d'origine, toute description ou représentation de fait fausse ou trompeuse :

- qui pourrait être une cause de confusion, d'erreur ou de tromperie quant à l'affiliation, la connexion ou l'association de cette personne avec une autre, ou à propos de l'origine, le soutien d'un sponsor, ou l'approbation des biens, services ou activités commerciales ; ou
- qui dans une publicité commerciale, présente de manière fausse la nature, les caractéristiques, les qualités, ou l'origine géographique de ses biens, services, ou activités commerciales, ou de ceux d'un autre ¹²⁷⁴.

492 Cet article est donc utilisé pour permettre la défense des marques non enregistrées dont la violation est souvent appelée concurrence déloyale ¹²⁷⁵. Cela concorde avec la combinaison possible en France entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence déloyale faisant que ce dernier serait le recours pour une protection des signes distinctifs non enregistrés. Mais alors que le droit français de la propriété industrielle ne protège pas les marques non enregistrées, ce qui impose de recourir à la théorie de la concurrence déloyale, permettant ainsi une protection subsidiaire, il est original de remarquer qu'en l'espèce, le droit américain les protège expressément, ce qui en rend d'autant plus facile la protection.

493 Les droits de la propriété industrielle et le droit de la concurrence déloyale se mêlent donc à un tel point que la théorie de la concurrence déloyale telle qu'elle pourrait être entendue

- (a) *use in commerce any reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation of a registered mark in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of any goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive ; or*
- (b) *reproduce, counterfeit, copy, or colorably imitate a registered mark and apply such reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation to labels, signs, prints, packages, wrappers, receptacles or advertisements intended to be used in commerce upon or in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive,*

shall be liable in a civil action by the registrant for the remedies hereinafter provided. Under subsection (b) hereof, the registrant shall not be entitled to recover profits or damages unless the acts have been committed with knowledge that such imitation is intended to be used to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive.

1274. 15 USC §1125. False designations of origin, false descriptions, and dilution forbidden

(a) Civil action.

(1) *Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which*

- (A) *is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or*
- (B) *in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.*

1275. DOBBS D.B. et BUBLICK E.M., Cases and materials on advanced torts : economic and dignitary torts : business, commercial, and intangible harms, St. Paul, MN : Thomson/West, 2006 (American casebook series).

en France se retrouve, par l'intervention de droits statutaires, réduite à peu de chagrin et ne survivant que par le biais des *economic torts* précités. Cela étant, comme le droit des marques trouve ses racines dans le droit de la concurrence déloyale, il est tout à fait possible qu'une personne puisse protéger une marque non enregistrée en appliquant la théorie de la concurrence déloyale pour prévenir qu'un autre ne fasse passer des biens ou affaires pour les siennes ¹²⁷⁶.

Enfin, ce n'est que le 13 août 2015 que la FTC a précisé le cadre de la concurrence déloyale régie par la section 5 du *FTC Act*. Ainsi, le secrétaire DONALD S. CLARK a précisé que pour savoir si une pratique pouvait être poursuivie sur le fondement de cette section 5 du *FTC Act* ¹²⁷⁷, la Commission recourait à trois principes :

- elle se soumet aux principes de politique s'appliquant au droit de la concurrence, c'est-à-dire, une volonté de protection des consommateurs ;
- l'agissement doit causer, ou être susceptible de causer, un dommage à la concurrence supérieur aux bénéfices clairement identifiables ou aux justifications économiques ;
- enfin, la possibilité de poursuite sur le fondement du *Sherman* ou *Clayton Act* rend la poursuite sur le fondement du *FTC Act* moins cohérent.

494 Finalement, un *economic tort* semble trouver une particulière application à la protection de l'espèce, pourtant la matière de celui-ci est traditionnellement éloignée de celle de la concurrence déloyale, il s'agit de l'entente. En effet, un accord entre plusieurs entreprises pourrait être considéré comme particulièrement déloyal vis-à-vis des consommateurs qui se trouveraient ainsi dans une situation proche de celle de faire face à un monopole. De la même manière, ce monopole pourra être en outre favorisé par l'utilisation de moyens illégaux menant à la rupture des contrats dont bénéficient les concurrents de l'auteur.

§2 *L'inducing breach of contract.*

495 *L'inducing breach of contract*, pouvant être traduit comme l'induction vers l'inexécution ou *a fortiori* la rupture d'un contrat, se catégorise souvent par l'emploi d'une position de force d'une personne pour convaincre illégalement une autre de violer le contrat qu'elle a avec un dernier.

La responsabilité moderne pour une telle action date de 1853 avec l'affaire *Lumley v. Gye* ¹²⁷⁸ dans laquelle le défendeur avait persuadé un chanteur de ne pas respecter l'engagement de performance exclusive qu'il avait souscrit avec le demandeur. C'est parce que le défendeur connaissait le contrat liant le demandeur au tiers que son action était considérée comme délictuelle. Cela étant, et insidieusement, il faut remarquer que dans cet arrêt, le chanteur était

1276. *King Pharr Canning Operations v. Pharr Canning Co.*, 85 F. Supp. 153 (W.D.Ark. 1949).

1277. CLARK D.S., « Statement of Enforcement Principles Regarding "Unfair Methods of Competition" Under Section 5 of the FTC Act », 13 août 2015. URL : <http://www.legalbytes.com/wp-content/uploads/sites/532/2015/08/150813section5enforcement.pdf>.

1278. *Lumley v. Gye* (1853) 2 E&B 216.

qualifié de « *servant* » ou serviteur et il a fallu attendre trente ans pour que ce délit soit ouvert à d'autres activités ¹²⁷⁹.

496 Malgré un cadre qui semblait complet, le régime de ce délit fut obscurci par plusieurs arrêts. Tout d'abord, la nécessité de la volonté de nuire était, tantôt considérée comme un élément du délit, tantôt rejetée. De la même manière, la volonté d'élargir la protection à la persuasion de ne pas contracter ¹²⁸⁰ fût avortée ¹²⁸¹. Mais ce qui a été la plus grande source d'incertitude fut la reconnaissance du délit plus large d'utilisation de moyens illégaux, posant alors la question de savoir à quoi devait être restreints les cas se fondant sur l'*inducing breach of contract*. Une distinction fut alors faite entre l'interférence directe et l'interférence indirecte dans laquelle le tiers ayant contracté avec le demandeur n'avait pas été directement approché par le défendeur, créant finalement un délit hybride appelé *hybrid tort of interference with contractual relation* ¹²⁸² impliquant tout préjudice créé intentionnellement par un tiers au contrat du demandeur, et ce que l'interférence ait été effectuée par une persuasion ou un empêchement ¹²⁸³. Cela étant, en réalité, le délit d'*inducing breach* doit être clairement limité aux cas où le défendeur induit directement à la violation du contrat ¹²⁸⁴.

497 Le délit d'*inducing breach* a été défini comme « *a direct persuasion, procurement or inducement applied by the third party to the contract breaker, with knowledge of the contract and the intention of bringing about its breach* » ¹²⁸⁵, de plus comme dans tous les *economic torts* un dommage doit en résulter, ainsi, le demandeur doit alors pouvoir prouver qu'il était capable et prêt à exécuter le contrat ¹²⁸⁶ et que le contractant-violeur n'a pas lui-même sollicité l'inducteur ¹²⁸⁷. Cela étant, une telle définition semble contraire au principe de libre concurrence. En effet, si A et B ont un contrat et que C incite B à casser le contrat conclu avec A pour s'engager avec lui, il ne s'agit ni plus ni moins de la liberté de concurrence imposant le fait que la clientèle est à qui sait la prendre. Ce sera donc l'induction vers une rupture ou violation illégale ou du moins déloyale du contrat qui sera sanctionnée ¹²⁸⁸.

498 En ce sens, le *Restatement* ¹²⁸⁹, notamment suivi par le Colorado, le Kansas, ou encore

1279. *Bowen v. Hall* (1881) 6 QBD 333 ; *Temperton v. Russell* (1893) 1 QB 715.

1280. *Temperton v. Russell* (1893) 1 QB 715.

1281. *Allen v. Flood* (1898) AC 1.

1282. *Torquay Hotel v. Cousins* (1969) 2 Ch 106 ; *Merkur Island Shipping v. Laughton* (1983) 2 AC 570.

1283. *Middlebrook Mushrooms Ltd v. TGWU* (1993) ICR 612.

1284. *Greig v. Insole* (1978) 1 WLR 302.

1285. *Thomson v. Deakin* (1952) Ch 646.

1286. *Long v. Smithson* (1918) 88 LJ KB 223.

1287. *Boulting v. Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* (1963) 2 QB 606.

1288. POSNER R.A., « Symposium : DAN B. DOBBS conference on economic tort law : Common law economic torts : An economic and legal analysis. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 735, Winter 2006.

l'Ohio ¹²⁹⁰, relève que celui qui intentionnellement fait en sorte qu'un tiers n'entre pas dans une relation contractuelle prospective avec un autre qui est son concurrent, ou qu'il ne continue pas une relation contractuelle qui se termine à son gré, n'interfère pas de manière inconvenante avec l'autre relation si :

- la relation concerne la matière par rapport à laquelle l'auteur et la victime sont concurrents ;
- l'auteur n'utilise pas de moyens injustifiés ;
- son action ne crée pas ou ne poursuit pas une restriction de la concurrence ;
- son but est au moins en partie d'améliorer sa position concurrentielle.

Il précise en outre que la situation de concurrent n'est pas une cause d'exonération de responsabilité si la rupture causée portait sur un contrat dont la rupture n'était pas libre.

I Une persuasion directement dirigée vers une partie au contrat .

A L'avis insuffisant .

499 En effet, la définition retenue pour l'avis diffère de celle de l'induction. Ainsi, alors que l'*advice* « *show how eligible or desirable a given course of action is* », l'*inducement* « *(makes) a given course of action more eligible or desirable in the eyes of the other than it would otherwise have been, or seem more eligible or desirable than it really is* ». Cela étant, parfois la distinction est difficile ¹²⁹¹ et dans certaines situations, un avis peut être considéré comme une persuasion ; mais seront toujours exclues les relations de bien-être, c'est-à-dire les relations, par exemple avec un conseiller spirituel ou juridique, un docteur, un parent, ou encore un professeur. Cela étant, d'une part, ces relations devront néanmoins être honnêtes, et d'autre part, la relation est entendue extrêmement largement, à un tel point que l'absence de relation dans le cas où l'avis prendra la forme d'un conseil de moralité publique sera suffisante. En ce sens, la section 770 du *Restatement*, empêche qu'une personne en charge d'apporter une aide sociale à l'auteur de la rupture ne puisse être considérée comme interférant de manière incorrecte avec les relations d'un autre si elle n'emploie pas de moyens injustifiés ou illégaux et agit pour le bien-être de la personne. Et de la même manière la personne qui induira intentionnellement une personne à ne pas exécuter ou conclure un contrat avec un tiers ne sera pas responsable si ses informations sont véridiques et son avis est honnête et entre dans le champ d'une demande d'avis ¹²⁹².

1289. Restatement, Second, Torts §768.

1290. *Memorial Gardens, Inc. v. Olympian Sales & Mgmt. Consultants, Inc.*, 690 P.2d 207 (Colo. 1984) ; *DP-Tek, Inc., v. AT&T Global Info. Solutions Co.*, 100 F.3d 828, 832 (10th Cir. 1996) ; *Fred Siegel Co., L.P.A. v. Arter & Hadden*, 85 Ohio St. 3d 179, 707 N.E.2d 860 (1999).

1291. *Lumley v. Gye* 118 ER (1853) 749 ; *Union Traffic Ltd v. TGWU* (1989) IRLR 127.

1292. Restatement, Second, Torts, §772.

B La nécessité d'un tiers inducteur .

500 La décision ne doit donc pas émaner directement ou indirectement du contractant. Une émanation sera considérée comme directe lorsqu'il y aura rupture sans intervention d'un tiers, et indirecte lorsqu'il y aura intervention d'un tiers sur demande du contractant souhaitant violer son contrat. Cela étant, pour que le tort soit qualifié, il reste nécessaire que l'inducteur à la rupture du contrat ou de la relation commerciale soit un tiers¹²⁹³, un contractant ou mandataire ne pourrait pas être responsable d'interférer avec le contrat¹²⁹⁴. En effet, le bénéficiaire de la rupture du contrat ne doit avoir aucun intérêt dans, ou contrôle sur, la relation¹²⁹⁵. Enfin, si le tiers est un employé d'une entreprise partie au contrat, pour que sa responsabilité soit engageable, l'Alaska précise qu'il sera nécessaire que cet employé n'agisse pas dans le cadre de sa mission de travail¹²⁹⁶. Cette situation est rejetée dans l'État de Géorgie, où il est considéré que du moment que l'auteur est salarié de l'entreprise, et sans prendre en compte le fait que ce dernier agisse pour l'entreprise ou non, il ne peut pas être considéré comme étranger à la relation avec laquelle il aurait interféré¹²⁹⁷. L'inverse est considéré vrai par l'Illinois, où ne peut être qualifié de tiers l'employeur du salarié dont le contrat a été rompu¹²⁹⁸.

501 En effet, les agissements émanant d'une personne ayant le devoir ou ayant un intérêt dans la matière du contrat ou de l'affaire en cause, seront soumis au régime des privilèges qualifiés¹²⁹⁹. Ainsi, la victime du bénéficiaire d'un tel privilège devra en outre prouver que la motivation de l'auteur était mauvaise et qu'il souhaitait nuire à la victime¹³⁰⁰. Or, les Cours d'Indiana ont expressément reconnu que la situation de concurrence peut constituer une justification lors d'une action pour interférence délictuelle¹³⁰¹. Il sera alors nécessaire de mettre en balance cette justification avec l'intérêt protégé ainsi que le cas échéant, la nécessaire sanction du comportement malicieux¹³⁰². De la même manière, il a été jugé en Caroline du Nord, que dans des cas de concurrence, l'induction vers la rupture ou la violation d'une relation contractuelle ou d'affaire, pouvait être justifiée si l'auteur poursuivait ses propres intérêts, agissait légalement, et avec une

1293. « *a third party* » ou « *a stranger* » ;

Waddell & Reed, Inc. v. United Investors Life Ins. Co., 875 So. 2d 1143, 1153 (Ala. 2003) ;

Raskauskas v. Temple Realty Co., 589 A.2d 17, 26 (D.C. 1991) ;

Noller v. GMC Truck & Coach Div., General Motors Corp., 244 KAn. 612, 620, 772 P.2d 271, 276 (1989) ;

Wagoner v. Elkin City Schools » Bd. of Educ., 113 N.C. App. 579, 587, 440 S.E.2d 119, 124 (1994) ;

Eldeco, Inc. v. Charleston County School Dist., 372 S.C. 470, 482, 642 S.E.2d 726, 732 (2007).

1294. *K&K Recycling, Inc. v. Alaska Gold Co.*, 80 P.3d 716 (Alaska 2003).

1295. *Waddell & Reed, Inc. v. United Investors Life Ins. Co.*, 875 So. 2d 1154 (Ala. 2003)

1296. *Pegram v. Hebbing*, 667 So. 2d 696 (Ala. 1995).

1297. *Carey Station Vill. Home Owners Ass'n v. Carey Station Vill., Inc.*, 268 Ga. App. 461, 602 S.E.2d 233 (2004).

1298. *Salaymeh v. InterQual, Inc.*, 155 Ill. App. 3d 1040, 508 N.E.2d 1155, 1159 (5th Dist. 1987).

1299. *Schreidell, Finnegan, and Brite Electric Div. v. Shoter*, 500, So. 2d 228, 230 (Fla. 3d DCA 1986).

1300. *McCurdy v. J.C. Collis*, 508 So. 2d 380, 382 (Fla. 1st DCA 1987).

1301. *Computer Unlimited, Inc. v. Macy*, 657 N.E.2d 168, 169 (Ind. Ct. App. 1995).

1302. *King's Daughters & Sons Circle Number Two of Greenville v. Delta Reg'l Med Ctr.*, 856 So. 2d 604, citant une décision émanant de Pennsylvanie et précisant que la loi est identique au Mississippi.

motivation autre qu'uniquement celle de nuire¹³⁰³. En d'autres termes, l'unique *malice* ne suffirait pas à qualifier l'induction de la rupture de déloyale¹³⁰⁴, encore serait-il nécessaire que l'auteur n'ait pas suffisamment de raisons légales de poursuivre cette rupture¹³⁰⁵. Cela étant, cette *malice* pourrait être source d'aggravation de la responsabilité de l'auteur et notamment créatrice de dommages et intérêts punitifs¹³⁰⁶.

Allant plus loin, l'État du Maine a toujours refusé d'élargir le *tort of interference* aux cas d'interférence par négligence. En effet, cette position se justifie par le droit alors en vigueur selon lequel la présence d'une *fraud* ou *intimidation* est crucial pour les demandes reposant sur une interférence délictuelle parce qu'elle distingue les comportements illégaux des comportements inhérents à un environnement économique concurrentiel en bonne santé¹³⁰⁷.

II La connaissance et l'intention d'induire la violation du contrat

502 Le délit fait ici montre de son caractère profondément intentionnel. En effet, la simple connaissance ne suffit pas, et sans connaissance il ne peut pas y avoir d'intention. Cela étant le degré de connaissance demandé est variable, alors que certaines affaires demandent une connaissance complète du contrat, d'autres se satisfont d'une connaissance simple¹³⁰⁸. De plus, il semble que le simple doute sur l'existence du contrat puisse retirer la responsabilité, une telle exception soulève des difficultés quant à sa subjectivité et donc à sa démonstration. En tout état de cause, la connaissance devra être actuelle.

Quant à l'intention, pour des raisons de cohérence, il est nécessaire qu'elle suive le même modèle que celle demandée pour l'*Unlawful means tort*, et ce même si le résultat recherché ne sera pas toujours le même¹³⁰⁹. Une étude de la jurisprudence montre une évolution quant à la finalité de l'induction, alors que *OBG v. Allan* nécessite un dommage, mais pas de violation, l'arrêt *Lumley v. Gye* affirme que la violation est non seulement nécessaire, mais en plus suffisante, enfin l'arrêt *South Wales miners' federation*¹³¹⁰ montre la nécessité d'une rupture, et ce même si cette dernière ne crée pas de préjudice.

En outre, le désir de nuire n'est pas requis¹³¹¹ mais la prévisible ou inévitable violation n'est pas suffisante. En effet, il sera nécessaire au demandeur de prouver que ses droits contractuels ont délibérément été attaqués. Cette position s'explique par le libéralisme économique retenu

1303. *Peoples Sec. Life Ins. v. Hooks*, 322 N.C. 321, 367 S.E.2d 650.

1304. *You v. Roe*, 97 N.C. App. 1, 10, 387 S.E.2d 188, 192 (1990).

1305. *Childress v. Abeles*, 240 N.C. 667, 675, 84 S.E.2d 176, 182 (1954).

1306. *Reichhold Chems., Inc. v. Goel*, 146 N.C. App. 137, 149, 555 S.E.2d 281, 289 (2001).

1307. *Rutland v. Mullen*, 2002E 98, 13, 798 A.2d 5, citant *Perkins v. Pendleton*, 90E 166, 178, 38 A. 96, 99 (1897).

1308. Voir not. *Merkur Island Shipping v. Laughton* (1983) 2 AC 570 ; ou *Associated Newspaper Group v. Wade* (1979) ICR 664.

1309. *OBG v. Allan* (2007) UKHL 21.

1310. *South Wales Miners' Federation v Glamorgan Coal Co.* [1905] AC 239

1311. *Ibid.*

dans les États de *common law*. En effet, un tel système impose que la liberté de concurrence ne puisse pas être restreinte par une responsabilité pour des conséquences accidentelles ¹³¹².

503 Parallèlement, un juge a soulevé dans l'arrêt *Thomson v. Deakin* ¹³¹³ une position plus interventionniste selon laquelle il pourrait y avoir interférence si un tiers qui avait connaissance du contrat faisait des affaires incompatibles avec ce dernier avec l'un des cocontractants, une interférence qui sera suffisante si elle a joué un rôle important dans la persuasion du contractant « *breaker* » ¹³¹⁴.

504 Finalement, récemment ¹³¹⁵, le juge MCGUIRE suivant la position de la Cour d'appel de Caroline du Nord ¹³¹⁶ a précisé qu'il était nécessaire de distinguer l'induction de la cause et que la cause n'était pas suffisante. Autrement dit il n'est pas suffisant qu'un comportement ait causé la perte d'opportunités commerciales encore faut-il que ces comportements l'aient induite. L'induction ainsi considérée est celle qui revêt un caractère de persuasion, ou encore d'influence ¹³¹⁷.

Il peut alors être affirmé que l'induction est foncièrement volontaire alors que la cause ne l'est pas. Ainsi, un retour à la notion de mauvaise foi se montre possible.

III Le nécessaire dommage .

505 Le dommage résulte dans la violation du contrat, cependant, il n'est pas illégal de persuader une personne de terminer son contrat de manière légale. Pour sa part, le préjudice sera le résultat de la violation du contrat, il pourra s'inférer de cette violation ¹³¹⁸ et prendra en compte les gains manqués ¹³¹⁹. Cependant, les atteintes à la réputation ne pourront pas être indemnisées à partir de ce délit ¹³²⁰.

Enfin la protection offerte par ce tort couvre trois aires, la protection des droits privés, celle des intérêts privés, et celle de l'intérêt public. Ainsi une atteinte au contrat pourra être justifiée

1312. *Millar v. Bassey* (1994) EMLR 44

1313. *Pratt v. BMA* (1919) 1 KB 244.

1314. *Meretz Investments NV v. ACP Ltd* (2007) EWCA Civ 1303 ; *Allen v. Flood* (1898) AC 1.

1315. *KRG New Hill Place, LLC v. Springs Investors, LLC*, 2015 NCBC, 2015 NCBC 19

1316. *Inland Am. Winston Hotels, Inc. v. Crockett*, 212 N.C. App. 349, 354 (2011) (citant elle même le Merriam-Webster's Collegiate Dictionary 637 (11th ed. 2005) et le Black's Law Dictionary 845 (8th ed. 2009))

1317. « The relevant definition of "induce" is (1) "to move by persuasion or influence[;]" (2) "to call forth or bring about by influence or stimulation[;]" and (3) "to cause the formation of[.]" Similarly, Black's Law Dictionary defines inducement as "[t]he act or process of enticing or persuading another person to take a certain course of action." We note that all of the above-cited definitions of ... "induce" are similar in that they involve active persuasion, request, or petition.

1318. *Goldsoll v. Goldman* (1914) 2 Ch 603.

1319. *Bent's Brewery Co. v. Hogan* (1945) 2 ALL ER 570.

1320. *Lonrho v. Fayed* (1993) 1 WLR 1489 ; *Joyce v. Sengupta* (1993) 1 WLR 337.

par un droit égal ou supérieur relatif à ces aires. Ce sera notamment le cas des droits nés d'un contrat antérieur¹³²¹, de raisons de santé ou de sécurité¹³²², ou encore d'intérêt public¹³²³.

En outre, pour que le délit soit qualifié, il sera nécessaire que le contrat ait force obligatoire, ainsi, comme l'ont précisé les Cours de l'Illinois, il serait impossible d'interférer délictuellement avec un contrat n'ayant pas acquis force obligatoire¹³²⁴, ni avec un contrat, ayant entièrement été exécuté¹³²⁵.

506 Finalement, il est nécessaire de préciser que ce tort d'*inducing breach of contract* doit être vu comme faisant partie d'un ensemble plus vaste dont il est la base qu'est la *tortious interference*. Le droit californien offre un bon exemple de l'étendue de cet ensemble. Ainsi, la Californie connaît trois causes distinctes d'action tombant sous la catégorie de l'interférence.

- La première est l'interférence intentionnelle avec un contrat, il s'agira alors de l'*inducing breach of contract* vu jusqu'alors.
- La seconde est représentée par l'interférence avec des relations économiques prospectives. Dans ce cas, il n'y a pas de contrat conclu¹³²⁶ et l'action nécessite la preuve d'une relation économique entre la victime et un tiers qui probablement sera bénéfique dans le futur pour la victime, la connaissance par l'auteur de cette relation, la commission par l'auteur d'actes injustifiés (*wrongful acts*) perturbant cette relation, qu'un de ces actes soit présent, et que la victime ait souffert de ces actes¹³²⁷.

Il s'agit ici de la base de la concurrence déloyale pour certains États. En effet, ce tort est suffisamment large pour englober une partie non négligeable des cas de concurrence déloyale reconnus notamment en France. Ainsi, le Connecticut, accepte de protéger la théorie de la concurrence loyale par le tort d'*interference with business relation*. C'est donc naturellement qu'il requiert la preuve des mêmes éléments constitutifs de ce tort¹³²⁸.

- Enfin, l'interférence par négligence avec des relations économiques prospectives, appliquant le *tort* précédent en cas de comportement simplement négligent de l'auteur. Cette

1321. *Edwin Hill and Partners v. First National Finance Corporation* (1989) 1 WLR 225 ; *Swiss Bank Cop. v Lloyds Bank* (1979) Ch 548.

1322. *Legriz v. Marcotte* (1906) 129 Ill App 67.

1323. *Stott v. Gamble* (1916) 2 KB 504.

1324. *Stamatiou v. U.S. Gypsum Co.*, 400 F.Supp. 431, 435-437 (N.D.Ill. 1975).

1325. *Upton v. Parkway Motors, Inc.*, 90 Ill. App. 2d 426, 232 N.E.2d 513, 515 (2d. Dist. 1967).

1326. *Pacific Gas & Elec. Co. v. Bear Stearns & Co.*, 50 Cal. 3d., 1126 (Cal. 1990).

1327. *Buckaloo v. Johnson*, 14 Cal. 3d 815, 827 (Cal. 1975), rejeté en partie par *Della Penna v. Toyota Motor Sales, USA, Inc.*, 11 Cal. 4th 376 (Cal. 1995).

1328. Il y aura en ce sens, concurrence déloyale lorsqu'il y aura une interférence délictuelle avec les affaires prospectives du concurrent, ou une interférence injustifiée avec les droits d'une personne de poursuivre son activité commerciale de manière légale et loyale : *Larsen Chelsey Realty Co. v. Larsen*, 232 Conn. 480, 501 n.23 (Conn. 1995) ;

Skene v. Carayanis, 103 Conn. 708, 714, 131 A. 497 (1926).

Dans ces derniers cas, la victime devra alors prouver que l'auteur était coupable de *fraud, misrepresentation, intimidation* ou *molestation*, et/ou avait agi de manière malveillante, interférant avec les prospects du concurrent.

Pour une étude de l'interférence avec les relations d'affaires, voir not. n^{os} 155 sqq.

dernière négligence, bien que n'étant pas explicitement reconnue comme cause d'action pour l'*inducing breach of contract* en Californie, semble selon certaines autorités pouvoir jouer¹³²⁹.

§3 Le rattachement de l'entente aux pratiques commerciales déloyales.

507 Ces ententes seront qualifiées respectivement de *lawful* ou d'*unlawful means conspiracy* selon qu'elles feront reposer l'entente sur des moyens légaux ou non.

Il s'agit en réalité de lutter contre l'entente formée dans le but de nuire au demandeur. Cette même entente peut prendre deux formes, soit elle utilisera des moyens illégaux et sera donc qualifiée d'*unlawful means conspiracy*, soit elle n'utilisera pas de moyens illégaux et sera qualifiée de *lawful means conspiracy*. Bien sûr, le régime de ces deux types d'ententes n'est pas le même, l'entente en elle-même n'est pas prohibée du moins, la concurrence sert de justification à ce type d'entente, ce qui est interdit et combattu, c'est l'excès dans l'entente. C'est ainsi que la *common law* rapproche l'entente et la théorie de la concurrence déloyale connue en Europe, le but étant dans les deux cas de lutter contre les excès de la concurrence. Les commentateurs n'hésitent d'ailleurs pas à déclarer que l'application moderne du *tort* d'entente le transforme en un outil de contrôle des pratiques commerciales déloyales dans un marché de plus en plus libéral¹³³⁰.

Il est intéressant de constater que l'acceptation de l'existence même de ce tort n'était pas entendue de manière certaine par tous les théoriciens. En effet, SALMOND doutait de son existence et considérait qu'il s'agissait en réalité d'une sous-division de l'intimidation, *a contrario*, LORD DUNEDIN était certain de cette existence¹³³¹.

508 Il y a entente par moyens illégaux quand le demandeur prouve qu'il a souffert d'une perte ou d'un dommage par résultat d'une action illégale effectuée à la suite d'une association ou d'un accord entre le défendeur et une ou plusieurs autres personnes pour lui faire du tort par l'emploi de moyens illégaux et ce que ce soit ou non la principale intention du défendeur¹³³².

Il doit donc y avoir :

- une intention de porter préjudice, l'agissement sur lequel les acteurs s'entendent doit être délibéré et avoir pour effet de nuire au demandeur¹³³³, il doit être destiné ou dirigé vers

1329. Voir *Fifield Manor v. Finston*, 54 Cal. 2d 632, 636 (Cal. 1960) refusant de prendre en compte la négligence comme cause d'action d'*inducing breach of contract*, mais *LiMandri v. Judkins*, 52 Cal. App. 4th 326, 349 (Cal. App. Ct. 1997) considérant que la continuité de la validité de *Fifield*, sans pour autant la rejeter, pourrait être remise en question depuis la jurisprudence *J'aire Corp. v. Gregory*, 24 Cal. 3d 799 (Cal. 1979).

1330. CARTY H., « The modern functions of the economic torts : reviewing the english, canadian, australian, and new zealand positions », *The Cambridge Law Journal*, vol. 74, n° 02, juillet 2015, p. 261-283 ;
Citant BURNS et BLOM, *Economic Interests in Canadian Tort Law*.

1331. [1925] A.C. 710.

1332. [2000] 2 All E.R. (Comm) 271

1333. *Ware and De Freville v. Motor Traders Association* [1921] 3 K.B. 40.

le demandeur¹³³⁴, et ce dernier doit souffrir d'un préjudice résultant de cette conspiration¹³³⁵ ;

- un accord et une intention commune ; en effet, le simple accord ne suffit pas¹³³⁶ ;
- et l'utilisation de moyens illégaux. Certains ont soutenu que le moyen devait constituer un *civil wrong*. LORD DIPLOCK dans *Rookes v. Barnard* statuait que « l'élément d'entente est normalement seulement de seconde importance depuis que les moyens illégaux sont admissibles en eux-mêmes »¹³³⁷. *A contrario*, LORDS HOPE et WALKER, reprenant LORD WRIGHT dans l'affaire *Crofter*¹³³⁸, ont récemment affirmé que c'est dans le fait de l'entente que réside l'illégalité¹³³⁹.

De plus, la jurisprudence et la doctrine se sont accordées sur le fait que les défendeurs sont conjointement responsables des actes effectués à la suite de l'entente¹³⁴⁰. Cela étant, dans l'affaire *Total Network*, il est manifeste que les juges ont refusé de faire de l'*unlawful means conspiracy* un sous-ensemble de l'*Unlawful means tort*¹³⁴¹ considérant qu'il n'y avait pas de relation tripartite, ce à quoi d'autres ont rétorqué qu'il pouvait y avoir responsabilité dans une relation bipartite¹³⁴².

Enfin, comme tout *economic tort*, l'*unlawful means conspiracy* réclame un dommage avant toute mise en œuvre de responsabilité.

509 Cette même entente pourra dans certains cas être source de responsabilité sans l'utilisation de moyens illégaux, il s'agira alors de ce qui est qualifié de *lawful means tort* et se caractérise par une responsabilité du fait d'un accord d'effectuer des actes (légaux en eux-mêmes) dans le seul et prédominant but de nuire au demandeur et qui *in fine* lui cause un préjudice.

Cette sous-catégorie repose donc principalement sur le but illégitime et s'applique en réalité aux cas les plus extrêmes d'ententes. Cela revient en réalité, en l'absence de moyens illégaux,

1334. *Lonrho v. Fayed* [1992] 1 A.C. 448 ;

Kuwait Oil Tanker Co SAK v. Al Bader (n° 3) [2000] 2 All. E.R. (Comm.) 271 ;
[2008] U.K.H.L. 19.

1335. *Lonrho v. Shell Petroleum* [1981] Com. L.R. 74.

1336. [1988] A.C. 1013.

1337. [1964] A.C. 1129.

1338. [1942] A.C. 435.

1339. *Total Network* [2008] U.K.H.L. 19.

1340. La responsabilité ne pourra être déléguée qu'exceptionnellement. *Crédit Lyonnais v. ECGD* [1998] 1 Lloyd's Rep. 19 (CA).

1341. Le point de vue traditionnel était d'accepter que les moyens illégaux devaient être les mêmes pour l'*Unlawful means tort* et l'*unlawful means conspiracy tort*, voir not. *Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd* [2000] 4 All. E.R. 645 ;

Mbasogo v. Logo Ltd. [2005] EWHC 2034 (QB).

1342. LORD HOPE dans [2008] U.K.H.L. 19 ;

LORD HOFFMAN dans *OBG v. Allan* [2007] U.K.H.L. 21.

à rechercher un but illégitime¹³⁴³ et ce n'est que si cette intention de nuire est particulièrement intense que le *tort* pourra être engagé¹³⁴⁴.

Enfin, parallèlement à ces ententes, les monopoles pourront être causés par des pratiques déloyales visant à créer des violations ou des ruptures de contrat interférant nécessairement dans les affaires de la victime directe, le concurrent évincé par la rupture du contrat, mais qui *in fine* pourraient nuire aux consommateurs victimes du manque de concurrence et donc de l'absence des apports de cette situation de concurrence que sont l'innovation, la qualité, et la compétitivité au niveau des prix.

510 Pour conclure, l'étude du champ d'interdiction de la directive 2005/29/CE remet largement en considération les classifications actuelles des branches du droit :

— tout d'abord, le droit de la concurrence illégale, et notamment celui des ententes et abus de position dominante des articles 101 et 102 du TFUE, pourrait être mêlé aux pratiques commerciales pouvant être qualifiées de déloyales si d'une part, elles étaient contraires à la diligence professionnelle et d'autre part, altéraient ou étaient susceptibles d'altérer de manière significative le comportement économique des consommateurs.

En tout état de cause, il conviendra de dépasser cette dichotomie entre concurrence déloyale et concurrence illégale, du simple fait qu'aujourd'hui avec l'application du droit issu de cette directive, la concurrence déloyale est largement devenue illégale.

La déloyauté, jusqu'alors objet jurisprudentiel, est consacrée de plus en plus régulièrement par le législateur, d'autant plus que ces deux branches du droit de la concurrence sont liées par un même objet qu'est de lutter contre les comportements nuisibles au marché.

Une intégration de la théorie de la concurrence déloyale au sein du Code du commerce serait alors plus cohérente qu'au sein du Code de la consommation sous réserve d'impliquer le consommateur, à l'instar de ce qui se pratique dans les États de *common law*, au cœur du jeu de la concurrence¹³⁴⁵ ;

1343. *Lonrho v. Fayed* [1992] 1 A.C. 448.

1344. *Total Network* [2008] U.K.H.L. 19.

1345. C'est d'ailleurs en ce sens qu'allait l'article L.440-2 du Code de commerce proposé à l'initiative de la Commission Canivet affirmant que « Les règles du présent titre ont pour objet d'assurer des comportements loyaux de marché. Elles ne font pas obstacle à une action fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil destinée à prévenir ou à réparer les conséquences des comportements délictuels des agents économiques sur le marché, tels que le dénigrement, les actes destinés à créer une confusion ou une désorganisation, ou encore les agissements parasitaires ».

CANIVET G. et Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, « Restaurer la concurrence par les prix - Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce », rapport public, octobre 2004. URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000494/index.shtml>.

Cité par PICOD Y., « Concurrence déloyale et Code de commerce », in Y. PICOD (dir.), Congrès régional des Tribunaux de Commerce de la deuxième délégation ; Bicentenaire du Code du Commerce : Le code de commerce : son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale, Perpignan : Presses universitaires de Perpignan, 2009, p. 23 sqq.

- vient ensuite la distinction entre le droit de la concurrence déloyale et celui de la propriété intellectuelle. En effet, la présente directive luttant notamment contre les pratiques commerciales trompeuses mêle *de facto* la protection des signes distinctifs qu'ils soient enregistrés ou non. Cette combinaison entre la protection des signes enregistrés par le droit de la propriété intellectuelle et celle des signes non déclarés par le droit de la concurrence déloyale et du parasitisme économique existe en réalité déjà, mais il est intéressant de noter un mouvement vers davantage d'imbrication qui va dans le sens du pragmatisme existant déjà dans des États tels que les États-Unis ¹³⁴⁶.

De la même manière, la loi relative à la consommation du 17 mars 2014 ¹³⁴⁷ montre cette imbrication. En effet, alors qu'elle a pour objectif de favoriser la concurrence et le pouvoir d'achat, elle vient par ses articles 73 à 75 largement modifier le Code de la propriété intellectuelle concernant notamment la protection des indications géographiques ou encore les indications relatives aux services publics.

- puis, la distinction entre droit de la concurrence et droit de la consommation serait en grande partie abolie. En effet, l'acte niant les obligations nées du droit de la consommation serait alors considéré comme contraire à la diligence professionnelle, critère qui se rapportant largement à la bonne foi ¹³⁴⁸ tend à être pris en compte tant par le droit, notamment de la concurrence déloyale, que celui visant la protection des consommateurs.

En ce sens, il apparaît la Commission européenne développe une stratégie forte de protection du consommateur à travers les différentes branches du droit de la concurrence.

Ainsi, la directive 2005/29/CE les protège-t-elle des actes de concurrence déloyale, mais également, la directive 2014/104/UE les protège des ententes et abus de position dominante de dimension européenne.

Le consommateur est donc placé au sein d'un système de protection du marché. En outre, le droit de la concurrence macro-économique a suivi une trajectoire qui sera souhaitable au droit micro-économique de la concurrence. En effet, après avoir imposé une interdiction des pratiques anticoncurrentielles, le législateur européen a souhaité renforcer la protection ainsi créée du marché par une prise en considération des capacités offertes par les actions privées afin de renforcer l'action publique ¹³⁴⁹ ;

- enfin, la Commission européenne a publié le 31 janvier 2013 ¹³⁵⁰, un livre vert s'intéressant aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels se situant dans des

1346. Voir not. les développements sur le *Lanham Act*, p. 133 sqq.

1347. Loi n° 2014-344.

1348. Voir not. p. 254 sqq.

1349. Voir également, SAINT-ESTEBEN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles. », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution*, 2015, p. 258.

1350. Commission européenne, 31 janvier 2013, Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe. COM(2013) 37 final.

chaînes d'approvisionnement où la volonté est notamment de lutter contre les abus de situation de force lors de négociations contractuelles.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.

511 Finalement, la protection offerte par la directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs est très large et ne souffre que des limitations liées à son champ d'application *ratione personae*. En effet, celle-ci ne sera offerte que dans des relations entre professionnels et consommateurs.

512 Les relations alors encadrées seront de deux types : il s'agira tout d'abord des relations bipartites, champ classique d'application de la directive, et d'autre part les relations tripartites

— Concernant les relations bipartites, c'est-à-dire les relations entre un consommateur et une entreprise ou un professionnel, la présente directive viendra pleinement s'appliquer. Cela étant, la protection offerte le sera par le biais du droit pénal.

En effet, l'essence même de cette directive est pénale, il s'agit alors de protéger l'intérêt public contre des atteintes, ou la susceptibilité d'atteintes à des intérêts particuliers. C'est cette nature éminemment pénale qui explique que la protection soit offerte, que le comportement économique des consommateurs soit altéré ou soit simplement susceptible de l'être¹³⁵¹. En effet, les règles traditionnelles de responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle nécessitent la démonstration d'une faute, mais surtout d'un préjudice découlant de cette faute. Or, en présence d'un comportement n'étant que susceptible de créer un préjudice, le préjudice ne sera ni réel ni actuel.

La matière pénale elle, protège l'intérêt général, et il n'est donc nul besoin qu'un intérêt particulier soit atteint, il s'agit alors de sanctionner des comportements tortueux dans le sens où ces derniers s'écartent de la ligne de conduite dictée par le législateur à la poursuite de raisons politiques législatives au sens traditionnel du terme c'est-à-dire dans l'intérêt de la cité.

513 Il découlera alors de cette protection deux situations, soit le comportement économique

1351. Dir. 2005/29/CE, art. 5.2.b.

de l'auteur ne sera que susceptible de modifier le comportement économique des consommateurs, dans quel cas l'action pénale sera possible dans le but d'imposer à ce dernier une culpabilité, mais il ne sera responsable envers personne d'autre que la société. La mesure sera alors préventive et le caractère dissuasif, bien connu du droit pénal respecté.

Soit le comportement économique de la cible aura été substantiellement altéré, dans quel cas, outre la culpabilité pénale, l'auteur sera de la même manière soumis au régime de responsabilité civile. Ce sera alors des raisons de politiques judiciaires qui seront mises en balance pour savoir si l'action publique est engagée, bien sûr, la victime, car dans le cas présent une victime au moins sera déclarée, pourra se porter partie civile et ainsi forcer l'action pénale. Mais aussi et surtout, elle pourra engager une action civile devant les juridictions civiles pour obtenir réparation du préjudice personnel, actuellement et réellement subi.

- Concernant les relations tripartites, c'est-à-dire les relations entre un consommateur, une entreprise auteure des pratiques commerciales déloyales et une autre, victime de ces pratiques. L'aspect pénal de la directive sera alors présent, mais aussi, et surtout, la réaction civile sera renforcée.

514 En effet, la présence d'un tiers, victime réelle de la pratique, sera par une sorte de *private enforcement* gage de protection des consommateurs. Cette dernière pourra, en s'appuyant sur la contrariété des agissements par rapport à la diligence professionnelle, et sur l'altération ou la susceptibilité d'altération du comportement économique des consommateurs, engager, si ce n'est une action en concurrence déloyale, du moins une action en responsabilité civile délictuelle considérant le comportement comme une faute duquel, si l'on en suit la réaction traditionnelle des Hauts magistrats par rapport aux faits de concurrence déloyale, s'infère nécessairement un préjudice.

515 C'est alors le choix qu'ont opéré les États de *common law*, que l'on connaît favorables à ce système de *private enforcement*, suivant une logique de politique sociétale. En effet, de tels États reposent principalement sur un libéralisme politique, ce qui explique le retrait de l'État de certaines sphères d'activités. Il semble alors que le champ du droit des affaires doit être entendu comme l'une de ses sphères, où la pénalisation n'a en réalité pas une place obligatoire. Un tel choix impose alors d'une part, que les victimes agissent en tant que procureurs à la poursuite de leur intérêt personnel bien sûr, mais aussi à celle de l'intérêt général, et d'autre part, que l'État par le biais de son procureur joue un rôle supplétif, mais actif permettant ainsi d'éviter que des agissements ne passent entre les mailles du filet de la justice.

516 Enfin concernant la déloyauté, il est indubitable qu'elle sera en la matière principalement concentrée sur les pratiques commerciales trompeuses, ce qui n'exclura pas les pratiques commerciales agressives ou encore celles qui ne sont ni agressives ni trompeuses, mais qui par leur contrariété aux exigences de la diligence professionnelle et leur capacité à altérer le comportement économique des consommateurs pourront être qualifiées de déloyales.

Cette déloyauté devra alors être définie de manière négative comme ce qui n'est pas loyal, faisant alors référence aux pratiques honnêtes de marché et au principe général de bonne foi.

Cela étant, le caractère pénal de cette directive affaiblit les distinctions traditionnellement connues en droit français entre les diverses branches du droit de la concurrence. En effet, par l'emploi d'un tel système de listes de pratiques ou d'élément permettant de qualifier de telles pratiques comme étant déloyales, la directive altère profondément la distinction entre concurrence déloyale et concurrence illégale.

- 517** Il semble alors que la loyauté doit être entendue comme une obligation générale chapeautant l'ensemble du droit des affaires, dont la contrariété sera constituée d'actes illégaux, mais aussi d'agissements effectués de mauvaise foi ou avec *malice* comme le réclament les États de *common law*.

C'est alors cette vision extensive et moderne qui permet de voir qu'une telle directive devrait être incorporée à une obligation plus large comprenant notamment les ententes ou abus de position dominante, mais aussi les incitations à la rupture d'un contrat même sans déloyauté vis-à-vis des consommateurs. En effet, de tels agissements, même s'ils ne sont pas créateurs de préjudices directs envers les consommateurs, en créant des distorsions de concurrence, impactent le marché et *in fine* sont susceptibles de causer un préjudice à la concurrence et donc aux consommateurs se situant au bout de cette chaîne de la concurrence.

- 518** Bien sûr, une telle vision n'est possible que grâce aux apports des législations, jurisprudences, et doctrines antérieures qui ont permis de développer un droit composite qu'il serait temps de globaliser.

Il ne s'agirait alors pas d'aller aussi loin que les États de *common law* l'ont fait, en offrant les mêmes moyens d'action dans le monde des affaires que dans les relations civiles desquelles découlent en réalité une grande partie des règles de droit appliquées aux affaires, mais d'avoir une vision globale, si ce n'est de droit positif, du moins téléologique des imbrications des différentes causes d'action en droit des affaires et plus précisément en droit de la concurrence, droit auquel devrait être associée la protection des consommateurs.

Une telle obligation générale de loyauté, associée à un *private enforcement*, et donc à une mise au centre du système juridique de la totalité des acteurs économiques et notamment des consommateurs, serait source de protection constante¹³⁵², mais aussi un moyen de dépénaliser une matière reposant sur la nécessité de rapidité, sécurité et de confiance.

- 519** C'est pourquoi il a été choisi de consacrer la seconde partie de cette étude au régime de droit commun pouvant être appliqué aux pratiques jusqu'alors définies.

En effet, si la directive ne fixe pas les modalités de sanction de ces dernières, le législateur français a opéré une pénalisation de la matière, mais une telle pénalisation, outre le fait qu'elle limite par sa rigidité les possibilités de réaction ; n'est pas la seule source de sanction possible.

1352. Car il serait alors nécessaire pour des raisons de sécurité juridique que les jurisprudences antérieures soient respectées.

Ainsi, il sera ici vu que le droit de la consommation apporte aux mécanismes de droit civil une modernité et la prise en considération de notions qui jusqu'alors n'étaient consacrées que par la doctrine ou la jurisprudence¹³⁵³, mais que le droit civil permet, par l'emploi de notions larges, telles que la faute, le *tort*, ou encore les vices du consentement, de réagir face à de nombreux pans de la déloyauté ; et ainsi, par des dispositions souvent centenaires d'encadrer les pratiques les plus modernes.

Si un tel raisonnement semble traditionnel dans les États de *common law* où le *private enforcement* est toujours favorisé, tel n'est pas le cas en Europe où le processus législatif débute le plus souvent par une protection imposant des interdictions et ne découle que par la suite sur une considération en un renforcement des possibilités d'actions individuelles ou collectives, mais toujours de source privée, au renfort de l'action publique¹³⁵⁴.

1353. Il en est notamment ainsi du principe de loyauté.

1354. Tel fut notamment le cas du droit des ententes et abus de position dominante de dimension européenne d'abord interdits par les traités, puis dont l'interdiction a récemment reçu un renfort par l'action privée grâce à la directive 2014/104/UE.

Partie II

LA RÉACTION DU DROIT COMMUN À L'ÉGARD DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES.

INTRODUCTION DE LA SECONDE PARTIE.

520 La première partie de cette étude a démontré que les pratiques commerciales déloyales et la concurrence déloyale se recoupent largement ¹³⁵⁵. Cela étant, il est de tradition de distinguer le droit de la concurrence, venant principalement protéger le concurrent, du droit de la consommation venant quant à lui protéger le consommateur.

Or, si le droit fédéral américain refuse explicitement de reconnaître un droit d'action des consommateurs ¹³⁵⁶ sur le fondement du *Lanham Act* ¹³⁵⁷ ou du FTC Act ¹³⁵⁸, la directive 2005/29/CE est expressément venue protéger les consommateurs face aux pratiques commerciales déloyales. La commission de comportements qualifiés de déloyaux au visa de cette directive pourra alors être utilisée afin de faciliter une action en responsabilité subjective basée sur l'article 1382 du Code civil fondant également l'action en concurrence déloyale. Cela étant, cette distinction mérite d'être relativisée, car comme l'indique le Professeur VACARELU, dans la majorité des États, le consommateur peut intenter une action sur la base des droits statutaires ¹³⁵⁹.

En Europe, une telle application semble souhaitée, car, les pratiques considérées comme déloyales font l'objet d'une directive d'essence pénale. Or paradoxalement, il convient de noter, et les Institutions européennes ont relevé, que l'effectivité du droit de l'Union européenne comme celui de tout droit, nécessite que toutes les contraventions soient poursuivies ; et en cela, les mécanismes dits de *private enforcement* offrent un moyen efficace qui a permis à un mouvement doctrinal de s'interroger sur la nécessité du droit pénal dans la vie des affaires.

1355. Voir *supra* nos 114 sqq..

1356. Alors que le droit d'action est largement ouvert par ailleurs aux institutions gouvernementales ou d'État telles que la FTC.

1357. *Colligan v. Activities Club of New York, Ltd.* 442 F 2d 686 (2nd Cir. 1971).

1358. *Carlson v. Coca-Cola Co.*, 483 F.2d 279 (9th Cir. 1973).

1359. S. VACARELU S. et Association HENRI CAPITANT des amis de la culture juridique française, « Rapport américain, la concurrence déloyale », in *La concurrence*, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 41 sqq., citant notamment l'exemple de l'État de Louisiane.

521 Bien que le rapport COULON se positionne en défaveur d'une dépénalisation de la matière de droit de la consommation ¹³⁶⁰, il semble qu'une telle dépénalisation serait au contraire possible, mais nécessiterait certains aménagements de l'institution de la responsabilité civile.

En effet, si l'on se situe dans la simple relation entre consommateurs et concurrents, il est certain que le déséquilibre existant et le faible montant des préjudices individuels subis ne sont pas en faveur d'une dépénalisation remplacée par une action civile.

Mais, situant la relation non selon ses sujets, mais selon ses objets, il est possible d'inclure davantage le consommateur et le droit de la consommation au sein d'un droit du marché.

Autrement dit, la pratique commerciale déloyale aura le plus souvent un impact sur les concurrents loyaux. Il serait alors possible de combiner les actions des concurrents à celles des consommateurs. D'autre part, l'action de groupe longtemps crainte par le législateur français pourrait estomper le déséquilibre entre consommateur et professionnel ainsi que la difficulté née de la faiblesse des préjudices individuels. Enfin, la révision des modes de calcul de l'indemnisation viendrait elle aussi réduire cette difficulté.

522 Ce rapport prônant une dépénalisation de la vie des affaires distingue deux types de désincrimination, la première, la dépénalisation « sèche » consiste à supprimer simplement une obligation sanctionnée parce qu'il sera notamment considéré que cette incrimination ne répond plus aux nécessités de la société actuelle.

Le second type de désincrimination semble plus intéressant. En effet il ne s'agit pas à travers ce dernier de constater l'inadéquation de l'obligation, mais de la sanction de son inobservation. Ainsi, plusieurs mécanismes peuvent se substituer au mécanisme pénal, le mécanisme administratif, plus souple, ou alors le mécanisme civil, « consistant en une privatisation du contrôle du respect de la règle de droit au profit des acteurs économiques, privatisation justifiée par le caractère privé de l'intérêt qu'elle protège ».

Une telle approche s'apparente alors grandement au système des *torts* anglo-américains et notamment des *economic torts*, et pourrait venir contrebalancer le manque de sanctions dissuasives menaçant selon certains États européens d'entraver la mise en œuvre correcte de la directive ¹³⁶¹.

523 Parallèlement, il apparaît que la combinaison des *economic torts* et de l'action de groupe permet une sanction de pratiques particulièrement nuisibles au marché et au-delà même à la société en sa globalité.

1360. COULON J.-M. (dir.), La dépénalisation de la vie des affaires : rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris : Documentation française, 2008 (Rapports officiels), 133 p., p. 37 et sqq.. Il revient cependant sur cette possibilité aux pages 89 et suivantes, proposant notamment l'instauration d'une action de groupe permettant de contrebalancer la limitation des constitutions de parties civiles.

1361. Commission européenne, Communication au Parlement européen, au conseil et au Comité économique et social européen relative à l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales ; atteindre un niveau élevé de protection des consommateurs. Renforcer la confiance dans le marché intérieur, 14 mars 2013, COM(2013) 138 final, n° 2.3.

Une démonstration d'une telle capacité est décelable lors de recours contre les fabricants de cigarettes¹³⁶². En effet, si la lutte contre les préjudices subis par les victimes du tabac est difficile, puisque ces dernières sont victimes de façons très différentes, le recours contre les pratiques des fabricants de tabac est plus aisé par un recours aux *economic torts*.

524 Ainsi, dans l'affaire *Price v. Philip Morris*¹³⁶³ la ligne d'attaque concernait la dénomination *light* apposée sur les paquets de cigarettes. En effet, il était soutenu qu'une telle dénomination laissait les consommateurs penser que ces cigarettes étaient meilleures pour la santé que les classiques, il était alors affirmé que si les consommateurs n'avaient pas pensé qu'elles étaient plus saines, ils ne les auraient achetées qu'à un prix bien inférieur. Il était alors estimé que cette différence multipliée par le nombre de consommateurs représentait une somme de 7,1 millions de dollars auxquels les juges du conté de Madison ajoutèrent 3 millions supplémentaires de dommages-intérêts punitifs¹³⁶⁴.

525 Le droit à indemnisation pour violation des règles de concurrences européennes s'est également développé au niveau européen. En effet, cette volonté se retrouve tant dans la jurisprudence européenne qu'au niveau de la Commission.

Le droit de l'Union européenne a connu une création puis un développement d'une obligation de responsabilité civile et ainsi de son corollaire qu'est le droit à l'indemnisation.

En ce sens, la CJUE affirmait dès 1990 que la violation d'une disposition d'une directive européenne suffisait en elle-même à engager la responsabilité de son auteur¹³⁶⁵ sans que soit nécessaire de démontrer une faute. En effet, l'avocat général Marco DARMON considérait alors que la violation même d'une norme européenne était constitutive d'une faute¹³⁶⁶.

Une telle solution répondait alors à une volonté d'efficacité des normes européennes. En effet, c'est poursuivant cette efficacité que la CJUE a dès le début des années 1990 affirmé avec constance qu'il était nécessaire que les particuliers puissent obtenir réparation lorsque leurs droits avaient été lésés par la violation de ce dernier.

La Cour affirmait alors que la responsabilité d'un État membre pouvait être engagée lorsque :

- la directive accordait un droit aux particuliers ;
- un droit pouvant être identifié sur la base des dispositions de cette dernière ;
- et qu'un lien causal apparaissait entre la violation du droit et le préjudice subi¹³⁶⁷.

1362. ROIN H. et MONSOUR C., « Symposium : DAN B. DOBBS conference on economic tort law : Economic torts : A view from experience. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 973, Winter 2006.

1363. 848 N.E.2d 1 (Ill. 2005)

1364. Il convient cependant de préciser que la Cour suprême de l'Illinois cassa cette solution de manière étrange et la FTC autorisa l'emploi du terme *light* pour la vente de cigarettes.

1365. CJUE, 8 novembre 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, aff. C-177/88, rec. 1990 I-03941, point 24 et 25

1366. Voir ses conclusions, point 35.

1367. CJUE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, rec. 1991 I-05357, points 33 à 40.

La Cour poursuit en 1994 en affirmant que la responsabilité pour violation du droit de l'Union européenne pouvait être supportée non seulement par un État membre, mais aussi par un particulier¹³⁶⁸.

Il ressort alors de ces décisions que la notion de faute n'est pas employée par la Cour qui considère que « la violation suffisamment caractérisée du droit communautaire » suffit à engendrer une obligation de réparation du dommage causé ; qu'en effet, l'imposition de la démonstration d'une faute comme condition supplémentaire « reviendrait à remettre en cause le droit à réparation qui trouve son fondement dans l'ordre juridique de l'Union européenne »¹³⁶⁹.

Enfin, le droit à réparation a été développé au cours des années 2000 par trois arrêts principaux.

526 Tout d'abord l'arrêt *Courage contre Crehan*¹³⁷⁰ repose sur les faits suivants : En 1990 COURAGE et GRAND METROPOLITAN fusionnent leurs débits de boisson en INNTREPRENEUR ESTATES LTD. (IEL). Un accord est alors passé entre IEL et COURAGE prévoyant que les locataires d'IEL se fourniraient exclusivement en bière chez COURAGE.

En 1991, COURAGE intente une action contre CREHAN pour non-paiement de certaines livraisons. M. CREHAN conteste le bien-fondé de cette action considérant que l'obligation d'achat était contraire à l'article 85 du TUE (devenu 105 du TFUE) et introduit une demande reconventionnelle en dommages et intérêts faisant valoir que COURAGE vendait ses bières à un prix inférieur aux prix pratiqués avec ses clients soumis à une clause d'exclusivité.

Étant donné la situation, la Cour d'appel a choisi de soumettre à la CJUE plusieurs questions préjudicielles. En effet, selon le droit anglais, CREHAN ne pouvait demander une indemnisation de son préjudice, car ce dernier découlait d'un contrat illicite auquel il était partie. Cette règle découle du principe, plus large, *in pari delicto potior est conditio defenditis*¹³⁷¹ qui nie aux parties qui seraient fautives, la possibilité de demander une indemnisation. La question était

1368. Voir le point 43 des conclusions de l'avocat général, M. VAN GERVEN pour l'arrêt de la CJUE du 13 avril 1994, *H. J. Banks & Co. Ltd. contre British Coal Corporation*, aff. C-128/92, rec. 1994 I-01209.

1369. CJUE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd et autres*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, rec. 1996 I-01029, point 79.

Il s'agissait dans ces affaires de recours en manquement

- d'une part de l'Allemagne qui ne respectait pas l'article 30 du TCEE concernant les restrictions quantitatives à l'importation ;
- et d'autre part du Royaume-Uni qui méconnaissait l'article 7 concernant les discriminations en raison de nationalité, l'article 52 concernant la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre ; et l'article 221 de ce même traité relatif au traitement national en ce qui concerne la participation financière des ressortissants d'autres États membres au capital de sociétés.

1370. CJUE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd. et autres*, aff. C-453/99, rec. 2001 I-06297.

1371. Cette règle ne doit en outre pas être confondue avec l'application de l'adage *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* à propos duquel la Cour de cassation a affirmé qu'il était étranger aux règles de responsabilité délictuelle. Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1993, Bull. civ., I, n° 326 ; RTD civ., 1994, 115, obs. P. JOURDAIN, cité par FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, 3e éd. mise à jour, Paris : Presses universitaires de France, 2012 (Thémis), p.112.

alors de savoir si l'article 101 du TFUE permet d'offrir une protection autre que celle prévue par l'État.

La Cour se soumettant à une vision traditionnelle rappelle que le plein effet des normes de droit de l'Union européenne impose aux juridictions nationales d'appliquer ce dernier par préférence sur le droit national. La réparation de dommages causés par de telles pratiques participant d'une telle efficacité ; nier ce droit reviendrait à annuler cette dernière.

Il en découle alors que le traité « s'oppose à une règle de droit national qui interdirait à une partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence [...] de demander, des dommages intérêts en réparation d'un préjudice occasionné par l'exécution dudit contrat [sauf s'il] est établi que cette partie a une responsabilité significative dans la distorsion de la concurrence »¹³⁷².

En d'autres termes, le droit de l'Union européenne de la concurrence doit être analysé comme étant supérieur aux droits nationaux.

En outre, ce ne sera que si une personne viciait activement la concurrence qu'elle pourrait être privée d'indemnisation. Une telle solution est d'autant plus bienvenue que si l'on se situait *mutatis mutandis* dans une relation entre un consommateur et un professionnel, il serait illogique que l'imposition, car le plus souvent les contrats proposés aux consommateurs ne sont que d'adhésion, d'un contrat illégal à un consommateur soit source d'une négation pour ce dernier de demander une indemnisation.

527 Ensuite l'affaire MUÑOZ¹³⁷³. Cette dernière fait suite à la décision de la Haute Cour de Justice du Royaume-Uni de rejeter l'action introduite par MUÑOZ et FRUITICOLA.

En effet, cette dernière après avoir effectivement constaté que FRUMAR et REDBRIDGE enfreignaient la réglementation en matière de normes de qualité (Règlements nos 1035/72 et 2200/96) en modifiant les appellations des raisins vendus, elle considérait que cette réglementation ne conférait pas aux producteurs concurrents un droit d'action.

Les requérants formèrent donc un appel près de la division civile de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galle, laquelle décida de surseoir à statuer à fin de question préjudicielle.

La CJUE, s'appuyant sur l'article 249 du TUE (devenu 288 TFUE), et reprenant la lettre de l'arrêt *Fratelli Variola* de 1973¹³⁷⁴, affirma que le règlement avait une portée générale et était directement applicable dans tous les États membres et qu'il était donc « apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger »¹³⁷⁵.

Par ailleurs, le règlement 1035/72 affirmait dans son considérant n° 4 que l'application de normes communes avait pour objectif de protéger le marché en retirant les produits de qualité

1372. *Ibid*, point 36.

1373. CJUE, 17 septembre 2002, *Antonio Muñoz y Cia SA et Superior Fruiticola SA contre Frumar Ltd. et Redbridge Produce Marketing Ltd.*, aff. C-253/00, rec. 2002 I-07289.

1374. CJUE, 10 octobre 1973, *Fratelli Variola S.p.A. contre Administration des finances italiennes*, aff. 34/73, rec. 1973 00981, point 8.

1375. CJUE, C-253/00, point 27.

non satisfaisante et ainsi de satisfaire aux exigences des consommateurs, mais aussi de faciliter les relations commerciales sur la base d'une concurrence loyale¹³⁷⁶.

Il y avait alors lieu de considérer qu'une action civile sur le fondement de ces règlements était non seulement possible, mais également souhaitable.

En effet, de telles actions, dit la Cour, « sont particulièrement aptes à contribuer de manière substantielle à assurer la loyauté des échanges et la transparence des marchés dans la Communauté »¹³⁷⁷.

528 Enfin l'affaire *Manfredi*¹³⁷⁸, dans laquelle, l'AGCM après avoir constaté que contrairement à ce qui se passait dans le reste de l'Europe, le prix des primes de responsabilité civile automobile avait augmenté de manière anormale entre 1994 et 1999 avait reconnu différentes compagnies d'assurance coupables d'ententes ayant pour objet « la vente liée de différents produits et l'échange d'informations entre entreprises concurrentes ».

Cette décision ayant été attaquée par les compagnies, elle a été substantiellement confirmée par le tribunal administratif régional du Latium et le Conseil d'État. C'est alors que les requérants au principal ont introduit leurs recours devant le juge de paix de Bitonto afin d'obtenir la restitution de la majoration subie des primes.

Ce dernier a décidé de surseoir à statuer afin de poser à la CJUE certaines questions préjudicielles.

Parmi ces dernières, deux retiendront l'attention.

Tout d'abord, l'entente était nationale, or la réglementation de l'article 101 repose sur les ententes de dimension européenne, celui-ci pouvait-il alors être applicable à l'affaire ?

Alors que le fait que les compagnies exerçaient dans d'autres États n'était pas suffisant à conclure une possibilité d'application de 101 TFUE, celui que l'entente ne concernait que la commercialisation de produits dans un seul État membre ne permettait pas d'exclure que le marché commun puisse être affecté¹³⁷⁹.

En effet, il est de tradition de considérer qu'une telle entente, par sa nature même, a pour effet un cloisonnement national remettant donc en cause l'intégrité d'un marché commun.

Ensuite, un consommateur peut-il intenter une action en indemnisation sur le fondement de l'article 101 protégeant la concurrence ?

Ici encore, la Cour mêle protection du marché et des individus en précisant que « la pleine efficacité de l'article 81 CE et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son pa-

1376. Cette double protection se retrouvait en outre au sein du troisième considérant du règlement 2200/96.

1377. CJUE, C-253/00, point 31.

1378. CJUE, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contre Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) et *Nicolò Tricarico* (C-297/04) et *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) contre *Assitalia SpA*, aff. jointes C-295/04 à 298/04, rec. 2006 I-06619.

1379. Voir déjà : CJUE, 17 octobre 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren contre Commission des Communautés européennes*, aff. 8/72, rec. 1972 00977, point 29 ;

CJUE, 11 juillet 1989, *SC Belasco et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. 246/86, rec.1989 02117, point 33 ;

CJUE, 18 juin 1998, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, aff. C-35/96, 1998 I-03851, point 48.

ragraphe 1 serait mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage [...] ; qu'il s'ensuit que toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 81 CE »¹³⁸⁰.

529 Enfin, la Commission encouragée par les décisions de la CJUE a elle aussi poursuivi l'objectif européen du *private enforcement*.

Cette poursuite engendra la volonté d'adoption d'une directive « relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne »¹³⁸¹.

Or, ce *private enforcement* présente certains avantages¹³⁸². Tout d'abord, il peut combler l'inaction publique développant ainsi un droit basé sur des précédents jurisprudentiels pouvant muter en arrêts de principes ayant pour objet de stimuler l'action du législateur ou de modifier la politique législative de l'État.

En outre, et surtout, une telle action permet de réinjecter de la démocratie au sein de l'activité économique, faisant alors prévaloir les préférences des consommateurs ou des concurrents sur celles de l'État. Une telle préférence replace alors les acteurs économiques (autres que la puissance publique) au cœur du jeu de marché.

Il serait alors logique de poursuivre dans cette voie avec la législation concernant le droit de la concurrence micro-économique et notamment celui des pratiques commerciales déloyales faisant l'objet de cette directive¹³⁸³. Cela étant, il reste légitime de se demander si l'Action privée peut avoir autant ou plus de succès que l'Action publique, et en l'absence d'une affirmation claire il serait nécessaire de garder une balance équilibrée entre *private* et *public enforcement*.

530 En outre, comme il l'a été démontré, ces pratiques commerciales déloyales auront le plus souvent un effet d'une part sur le consommateur, mais d'autre part sur le concurrent¹³⁸⁴. Un retour à la théorie de concurrence déloyale est alors nécessaire. Cette dernière se trouve alors être le corollaire de la liberté de la concurrence et de l'industrie, il en découle alors que le préjudice concurrentiel est par défaut légal sauf utilisation par le concurrent de moyens illégaux ou déloyaux.

Cette même approche est opérée par le droit américain qui trouve au sein du *Restatement* relatif à la concurrence déloyale rédigé par l'*American Law Institute* une section relative aux

1380. CJUE, C-295/04 à 298/04, points 60 et 61.

1381. Dont la procédure est toujours en cours.

Dernier acte : Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 17 avril 2014.

1382. RAMSAY I., *Consumer law and policy : text and materials on regulating consumer markets*, Third edition, Oxford : Hart Publishing, 2012, 674 p..

1383. Et cela, d'autant plus qu'il serait possible d'aller plus loin et de considérer comme le font en partie les droits anglo-américains que les pratiques commerciales déloyales englobent également les pratiques anticoncurrentielles.

Voir not. RAMSAY I., *Consumer law and policy : text and materials on regulating consumer markets*, Third edition, Oxford : Hart Publishing, 2012, 674 p., p.151 sqq..

1384. Voir p. 79 sqq..

principes généraux¹³⁸⁵ affirmant la légalité du préjudice concurrentiel à moins que la pratique soit déloyale :

- au sens du *Restatement*, soit parce qu'elle serait trompeuse, contraire aux droits des marques et autres signes distinctifs, ou opérée par l'appropriation de droits intangibles reconnus au concurrent ;
- ou lorsqu'elle pourra être considérée comme déloyale au regard de la conduite ou de la probabilité d'effet sur la personne ou le public visé¹³⁸⁶ ;
- ou enfin lorsque les droits statutaires auront qualifié ces pratiques de déloyales.

531 Ce principe de légalité aura alors un impact sur la responsabilité de l'auteur envers un autre concurrent ; responsabilité qui ne sera reconnue que lorsqu'il y aura identité entre la déloyauté au sens de la directive et celle au sens de la théorie générale de la concurrence déloyale. À l'inverse, envers le consommateur, la théorie générale de la responsabilité civile extracontractuelle fera son œuvre en l'absence de règles spéciales.

L'action en concurrence déloyale alors, mais également l'action contre les pratiques commerciales déloyales seront destinées à faire respecter une certaine morale, « des usages professionnels »¹³⁸⁷, or ce caractère disciplinaire rend la notion de préjudice externe à la sanction d'un fait qui devra être simplement dommageable.

Mais la question sera alors de savoir si des sanctions imposées par le droit de la consommation peuvent exclure des sanctions civiles.

En 1994, la Cour de cassation avait jugé que le non-respect du formalisme en matière de crédit immobilier permettait non seulement la déchéance du droit aux intérêts du professionnel sur le fondement du Code de la consommation, mais également, la nullité du contrat sur le fondement des règles de droit civil.

1385. *Restatement Third, Unfair Competition*, §1.

1386. La combinaison entre la protection de la loyauté entre concurrents et celle entre professionnels et consommateurs est alors prégnante, cela s'explique par le fait que la loi dont il est alors question est principalement l'*unfair trade practices and consumer protection act* initialement développé par la FTC en 1967. Dès lors, la lecture du titre explicite à elle seule la vision globalisante opérée outre-Atlantique de la concurrence déloyale, une nécessité tant pour les concurrents que pour les consommateurs.

Comment alors ne pas noter l'impact apporté par les écoles de Chicago et post-Chicago qui placent l'intérêt du consommateur au centre du droit de la concurrence, souhaitant alors par l'imposition de règles de concurrences réaliser un marché efficace qui ne le serait que lorsqu'il le serait vis-à-vis des consommateurs.

Voir not. POSNER R., « Antitrust policy and the consumer movement », *The Antitrust Bulletin*, vol. 15, 1969, p. 362.

Il s'agira alors de se rappeler que le droit de la concurrence alors étudié par ces théoriciens était le droit macro-économique (*antitrust*), mais qu'une application *mutatis mutandis* de cette théorie au droit micro-économique est possible.

ROBLES MARTÍN-LABORDA A., *Libre competencia y competencia desleal : examen del artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia*, 1a ed, Las Rozas, Madrid : La Ley, 2001 (Colección Biblioteca de derecho de los negocios), 414 p., p. 81 sqq..

1387. IZORCHE M.-L. et Centre de droit de la concurrence de l'Université de Perpignan, « Droit du marché et droit commun des obligations ; les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme. », *RTD com.*, 1998, 17 sqq.

Cette règle était alors particulièrement protectrice pour le consommateur pour qui la protection initiale du droit de la consommation était aléatoire¹³⁸⁸.

Mais cinq ans plus tard, elle refusait cette même combinaison¹³⁸⁹ et finissait même en 2001 par refuser l'indemnisation de droit civil¹³⁹⁰.

Il s'agissait alors d'une application particulièrement stricte de la règle *specialia generalibus derogant* critiquable car les deux règles n'étaient pas incompatibles : l'une pouvant jouer un rôle de substitut de l'autre.

Il n'en reste cependant pas moins que lorsque le législateur ne prévoit pas de sanction spéciale, les règles issues du droit civil doivent venir compléter les possibilités d'actions privées.

532 En effet, tel que l'affirmait le Professeur J.P. PIZZIO, lors de sa contribution au colloque organisé par l'Université de Perpignan au sujet des rapports entre droit du marché et droit commun¹³⁹¹, « le droit commun se caractérise par une souplesse d'adaptation à l'évolution des techniques contractuelles ou commerciales qui fait défaut au droit de la consommation dont la rigidité tient à son caractère d'ordre public et à la nature pénale de la plupart de ses dispositions ».

Ainsi, ces deux droits sont bien complémentaires, et si le droit commun vient notamment s'intéresser et sanctionner les vices du consentement, le droit spécial de la consommation a pour but d'agir *a priori* afin d'éviter de tels vices.

Cela n'empêche cependant pas que celui qui s'est trouvé protégé par une disposition issue du Code de la consommation peut ensuite se tourner vers le droit commun. Ainsi en a-t-il notamment été jugé de celui qui s'appuyait sur le droit commun pour plaider la présence d'un vice du consentement après qu'il ne se soit pas prémuni de son droit de rétractation¹³⁹².

533 Finalement, il convient de rappeler que la distinction opérée dans les États de *common law* entre la *common law* et les droits statutaires impose d'étudier de manière distinctive la réaction adoptée relativement à ces deux types de comportements. Il ne sera ici uniquement question de *common law*, mais il convient de préciser que le Royaume-Uni, a adopté le *Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014*¹³⁹³, qui est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014 et qui offre aux consommateurs victimes de pratiques commerciales déloyales sous certaines conditions, soit la

1388. Cass. Civ. 1^{re}, 20 juillet 1994, Bull. civ. I, n° 262 ; D. 1995. somm. 314, obs. PIZZIO ; Defrénois 1995. 350, obs. MAZEAUD ; RD immo. 1995. 364, obs. HEUGAS-DARRASPEN et SCHAUFELBERGER ; RTD civ. 1995. 881, obs. MESTRE.

Voir également CALAIS-AULOY J., « Les sanctions en droit de la consommation. », in B. BOULOC et F. ALT-MAES (dirs.), Les droits et le droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Paris : Dalloz, 2007, p. 75 sqq.

1389. Cass. Civ. 1^{re}, 9 mars 1999, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 1999. IR. 95 ; RD immo. 1999. 448, obs. HEUGAS-DARRASPEN.

1390. Cass. Civ. 1^{re}, 4 décembre 2001, RTD civ. 2002. 287, obs. MESTRE et FAGES ; Defrénois 2002. 273, note AUBERT ; D.2002.IR. 256.

1391. PIZZIO J.P., « Droit du marché et droit commun des obligations ; la protection des consommateurs par le droit commun des obligations. », RTD com., 1998, 53 sqq.

1392. CA Versailles, 8 juillet 1994, RTD civ. 1995. 97. obs. MESTRE ; CA Versailles, 15 septembre 1995, RTD civ. 1996. 147, obs. MESTRE.

1393. SI/2014/870

possibilité de se défaire du contrat, soit d'obtenir une offre commerciale pour un futur contrat, soit une indemnisation.

Concernant le droit américain, la position des juges est similaire à la solution retenue en France, autrement dit, lorsqu'un statut crée un droit ainsi qu'une indemnisation lors des atteintes à ce dernier, le recours à la *common law* doit être exclu. À l'inverse, lorsque la violation du droit ou du devoir n'aura pas été sanctionnée par le statut, les actions traditionnelles de droit commun viendront combler les lacunes du droit statutaire ¹³⁹⁴.

- 534** Les pratiques commerciales considérées étant entendues comme celles affectant ou étant susceptibles d'affecter le comportement économique des consommateurs ; la déloyauté pourra être rencontrée dans deux situations : lors de la conclusion d'un contrat ou en l'absence de contrat. En outre, ces deux branches du droit de la responsabilité civile ne sont pas imperméables et il sera par exemple possible lorsqu'un dol aura créé un préjudice de combiner la responsabilité contractuelle à l'indemnisation provenant de la théorie de la responsabilité civile extracontractuelle. Seront donc étudiés de manière successive, d'une part, le droit relatif aux contrats (I) ¹³⁹⁵, et d'autre part, le droit relatif à la responsabilité civile délictuelle (II) ¹³⁹⁶.

1394. Voir en ce sens DIETZ L.H., « Actions », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, §53 et not. *Virdanco, Inc. v. MTS Intern.*, 820 P.2d 352 (Colo. Ct. App. 1991) ; *Snyder v. Davenport*, 323 N.W.2d 225 (Iowa 1982) ; *Martin v. Board of Council of City of Danville*, 275 Ky. 142, 120 S.W.2d 761 (1938) ; *Middlesex County v. City of Newton*, 13 Mass. App. Ct. 538, 434 N.E.2d 1297 (1982) ; *Shuttleworth v. Riverside Osteopathic Hosp.*, 191 Mich. App. 25, 477 N.W.2d 453 (1991) ; *Milgram v. Jiffy Equipment Co.*, 362 Mo. 1194, 247 S.W.2d 668, 30 A.L.R.2d 925 (1952) ; *Hittson v. Chicago, R. I. & P. Ry. Co.*, 43 N.M. 122, 86 P.2d 1037 (1939) ; *Moose v. Barrett*, 223 N.C. 524, 27 S.E.2d 532 (1943) ; *Hodges v. S.C. Toof & Co.*, 833 S.W.2d 896 (Tenn. 1992) ; *School Bd. of City of Norfolk v. Giannoutsos*, 238 Va. 144, 380 S.E.2d 647, 54 Ed. Law Rep. 990 (1989) ; *Essock v. Town of Cold Spring*, 10 Wis. 2d 98, 102 N.W.2d 110 (1960) ;

ou encore *Widgeon v. Eastern Shore Hosp. Center*, 300 Md. 520, 479 A.2d 921 (1984) ; *Branson v. Branson*, 1942 OK 77, 190 Okla. 347, 123 P.2d 643 (1942) ; *State ex rel. Phillips v. Washington State Liquor Control Bd.*, 59 Wash. 2d 565, 369 P.2d 844 (1962).

1395. p. 310 sqq.

1396. p. 392 sqq.

TITRE I

LE DROIT DES CONTRATS.

535 Le consentement est le point fondamental du droit des contrats. Ce consentement, et plus largement l'intention de laquelle il découle, sont la base de toute responsabilité liée à la vie d'un contrat ; qu'il s'agisse de sa formation, de son exécution, ou encore de son extinction.

De la même manière, il s'agit de l'élément permettant la distinction entre la responsabilité civile délictuelle (celle découlant de délits civils, ou *torts* en droit anglo-américains), et la responsabilité contractuelle. En effet, il est possible d'affirmer que les droits et devoirs soumis à la responsabilité civile délictuelle sont imposés par la loi alors que ceux soumis au droit contractuel sont issus d'un consentement donné¹³⁹⁷. Cette distinction est d'autant plus importante que parfois, un même acte, pourra être à la fois créateur de responsabilité civile contractuelle et délictuelle. Le régime alors applicable devra être choisi en fonction de la source de l'obligation, ou du droit violé.

La réflexion sera basée sur une situation simple entre deux parties, celle qui offre un bien ou un service, ou au sens de la directive, un produit ou un service, c'est-à-dire, le professionnel, et celle qui se situe dans un premier temps confrontée à cette offre, ou qui plus en avant l'aurait acceptée, le consommateur.

En effet, dans les relations de marché, consommateurs et professionnels se rencontrent, faisant par la même occasion apparaître ce qui est constant d'appeler la rencontre de l'offre et de la demande. Or, il serait plus précis d'affirmer que le consommateur se retrouve dans le marché face à une multitude d'offres, celles-ci émaneront du professionnel bien sûr, mais ce dernier sera parfois masqué. En outre, la demande ne sera pas toujours présente, l'objet de nombreuses pratiques commerciales étant de créer une demande ou encore un besoin.

C'est alors avec la présentation du produit, ou comme l'a défini la directive, du produit ou service, que le consommateur ressentira un besoin créateur de demande. Il serait alors possible d'affirmer que dans de nombreux cas l'offre crée la demande et qu'alors ces deux dernières

1397. Voir en ce sens not. FRIDMAN G. H. L., *The law of contract in Canada*, 3rd ed, Toronto : Carswell, 1994, 853 p.

sont présentes au même moment dans les mains du professionnel qui lors de sa rencontre avec le consommateur lui transmettrait la demande.

Le contrat serait alors l'acceptation de l'offre par le consommateur, sans que celui-ci ait eu besoin, *a priori*, d'effectuer de demande.

536 Cette situation place donc le consommateur dans une position délicate. En effet, comme il vient d'être démontré, il ne maîtrise pas entièrement sa demande, et pourtant il doit prendre une décision face aux offres généralement reçues dans des établissements commerciaux organisés pour faciliter les achats, « sur la base de conditions générales préalablement rédigées par les professionnels et proposées aux consommateurs sans possibilité de négociation »¹³⁹⁸.

En outre, les pratiques commerciales déloyales auront souvent comme effet de contrevenir à la perfection du consentement des consommateurs visés.

Mais comme la directive ne se limite pas aux pratiques précontractuelles, d'autres pratiques prises en considération viendront montrer leur déloyauté lors de l'exécution du contrat légalement formé.

Dans tous les cas, le droit des contrats, non harmonisé par la directive¹³⁹⁹, pourra venir réagir face aux démonstrations de déloyauté vis-à-vis des consommateurs.

537 Mais ce droit commun des contrats est largement aménagé par le droit spécial de la consommation. Ainsi, les principes du consensualisme et de la liberté contractuelle sont aujourd'hui limités par le droit de la consommation qui impose des obligations de forme notamment quant à l'information des consommateurs.

De même, la force obligatoire des conventions est en recul depuis l'introduction dans l'arsenal juridique européen du concept de clauses abusives, mais aussi du fait de l'offre au consommateur d'un droit de rétractation.

Cela étant, le droit commun participe de la même manière à l'élaboration d'un droit du marché¹⁴⁰⁰. Il agit en effet en tant que filet de sécurité par rapport à ce jeune droit plein de vigueur, mais aussi pêchant du fait de sa jeunesse par l'immaturité et la parcellarité des situations couvertes.

En effet, l'une des difficultés principales liées au droit de la consommation est qu'il s'agit le plus souvent de règles de direction qui se limitent le plus souvent à disposer des interdictions, parfois des sanctions pénales à ces infractions, mais rarement des moyens civils d'agir contre ces infractions. Ainsi, le droit commun des contrats ou des obligations extracontractuelles vient, par sa malléabilité et son universalité, combler ces vides laissés.

L'autre difficulté du droit de la consommation est qu'il réagit face à des comportements particuliers et ne dispose pas de principes généraux. Or, la multiplication des appréhensions parcellaires mène à un droit formé de multiples ouvrages alors que l'appréhension de ce dernier

1398. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, 9^e éd, Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé), n° 50.

1399. Voir en ce sens, p. 40 sqq.

1400. PICOD Y. et Centre de droit de la concurrence de l'Université de Perpignan., « Droit du marché et droit commun des obligations ; Rapport introductif. », *RTD com.*, 1998, 1 sqq.

par de grandes notions semble plus propice à la création d'une œuvre globale, ce qui selon une lecture cartésienne serait favorable à la qualité de l'ouvrage ¹⁴⁰¹.

538 La volonté étant alors considérée comme élément fondateur de toute relation contractuelle, car c'est à partir de cette dernière que le consentement est exprimé, il sera tout d'abord nécessaire de permettre de qualifier la volonté de chacune des parties.

Or, deux possibilités sont offertes pour déterminer cette volonté ¹⁴⁰² :

- tout d'abord, une approche subjective de la volonté voudrait que soit prise en compte la réelle intention des parties, c'est-à-dire, leur état d'esprit, en dehors de toute autre apparence ;
- l'approche objective au contraire, se réfère à la manière dont une personne moyenne pourrait interpréter l'intention des parties en fonction des circonstances de chaque espèce.

539 Alors que l'approche subjective permettrait de mieux coller au principe du consensualisme, car prenant en compte la réelle intention des parties, l'approche objective, retenue par le droit anglais, et vectrice d'une plus grande sécurité, semble plus appropriée à la construction d'une relation contractuelle saine où chacune des parties n'a pas à deviner l'intention réelle de l'autre et peut donc se fier au comportement de cette dernière ¹⁴⁰³.

En outre, cette sécurité juridique sera d'autant plus assurée que la preuve d'une situation objective est plus aisée que celle qui serait subjective, l'état d'esprit d'une personne étant difficile à prouver.

L'objectivité retenue par le droit anglais mérite alors une plus grande attention. En effet, l'objectivité peut alors se trouver à plusieurs endroits ¹⁴⁰⁴.

Il s'agira, tout d'abord, de l'objectivité de celui qui promet, ce qui signifie que la promesse devrait être étudiée du point de vue d'une personne moyenne se trouvant dans la situation de celui qui promet, il s'agira ensuite de l'objectivité de celui qui aura reçu la promesse qui situe l'objectivité dans les mains d'une personne moyenne se trouvant dans la situation de celui qui a reçu la promesse, il s'agira enfin de l'objectivité détachée ou extérieure, qui étudie le contrat sous la perspective d'une personne tiers à celui-ci.

1401. Voir en ce sens not. DESCARTES R. et LIARD L., *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences : Extraits des méditations métaphysiques*, Paris, France : Garnier frères, impr. 1960, 1960, 190 p., p. 42 sqq., où les propos sur l'architecture peuvent être appliqués à tout art, parmi lesquels, celui de créer du droit, semble pouvoir être apprécié.

1402. CHEN-WISHART M., *Contract law*, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, 678 p., p.53 sqq.

1403. En ce sens, LORD BLACKBURN dans *Smith v. Hughes* [1870-1871] LR 6 QB 597, CA, cité par CHEN-WISHART M., *Contract law*, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, 678 p., affirmait que « *If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms.* »

1404. MCKENDRICK E., *Contract law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010. p.21, se référant à Howarth, « *The Meaning of Objectivity in Contract.* », *Law Quarterly Review*, vol. 100, n° 265, 1984.

Cela étant, cette distinction pose en réalité une difficulté, dans la plupart des relations encadrées par la directive, il s'agira de contrats synallagmatiques qui se caractérisent par des prestations réciproques. Or, qui dit prestations réciproques évoque nécessairement des promesses réciproques. Autrement dit, dans la situation d'une vente par exemple, le vendeur promet de fournir le bien et l'acheteur promet de prendre livraison et de payer le bien, il y a donc deux personnes qui promettent et deux personnes qui reçoivent une promesse. Cela ne veut pas dire pour autant que le raisonnement de HOWARTH n'est pas approprié, au contraire il démontre que l'objectivité peut avoir plusieurs perspectives. Cela ne veut pas dire non plus que les deux premières situations devront être rejetées au profit de l'objectivité extérieure. En réalité, il semble que les juridictions pourront et utilisent cette possibilité de placer l'objectivité sous la perspective des deux parties.

540 Cependant, comme le précise justement M^{me} CHEN-WISHART, le plus souvent, l'intention objectivement décelée et celle qui le sera de manière subjective seront identiques, mais cela n'est pas toujours le cas et une personne peut, même sans malhonnêteté, présenter de manière trompeuse son intention ou mal interpréter celle de l'autre partie.

L'approche française est quelque peu différente. En effet, bien que retenant une possibilité d'interprétation des contrats ambigus, elle considère que toute ambiguïté doit être interprétée contre celui qui a stipulé et donc en faveur de celui qui aurait contracté ¹⁴⁰⁵, ou, en matière de consommation, en faveur du consommateur ¹⁴⁰⁶.

En outre, l'objectivité traditionnelle prendra en compte de manière hiérarchique, les stipulations rédigées dans le contrat (une distinction étant opérée entre celles ayant obtenu une signature et celles qui n'auront pas été signées) ; celles qui sont rédigées en dehors du contrat, mais auxquelles il est fait référence ; les paroles ; les conduites ; et enfin les silences et omissions.

Objectivement alors, un contrat écrit de manière ambiguë, qui aurait été complété à l'oral par un vendeur professionnel tel que ce sera le cas dans le cadre de l'application de la directive, sera systématiquement interprété contre ce dernier faute de preuve de la précision.

Cette méthode d'interprétation offre donc au consommateur une protection supplémentaire qui ne sert pas obligatoirement la loyauté, mais impose au professionnel une obligation de clarté de la convention, permettant ainsi d'éviter d'une part l'interprétation en sa défaveur, mais aussi d'autre part, toute déloyauté de par le caractère trompeur des clauses vis-à-vis du consommateur.

541 Il sera en outre possible de lutter contre ces pratiques trompeuses par une analyse subjective des intentions. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il ne pouvait pas y avoir contrat, car les accords ne portaient pas sur la même chose. Il était en effet dans ce cas fait référence à ce qu'espérait subjectivement l'acheteur qui avait mal été renseigné ¹⁴⁰⁷. Dans cette affaire, la volonté de tromper

1405. Code civil, art. 1162.

1406. Voir art. L.133-2 du Code de la consommation.

Voir également *infra*, p. 368 sqq.

1407. *Scriven Bros. & Co. v. Hindley & Co.* [1943] 3 KB 563, KBD, dans lequel l'acheteur croyait avoir acheté du chanvre alors qu'en réalité il s'agissait de filasse bien moins cher.

était clairement rattachée au vendeur et l'erreur donc acceptable, la nullité du contrat répondait donc à la double considération que d'une part les intentions n'étaient subjectivement pas les mêmes, mais surtout que le vendeur avait l'obligation de faire connaître à l'acheteur la qualité du bien vendu.

542 Qu'elle soit alors objectivement ou subjectivement interprétée, la volonté devra en tout état de cause être empreinte de loyauté, ou plutôt, elle ne devra faire montre d'aucune déloyauté.

En effet, un principe général de lutte contre la déloyauté s'est développé, en France bien sûr, en Europe comme le montre notamment l'étude de cette directive, mais aussi en Australie ¹⁴⁰⁸, au Canada ¹⁴⁰⁹, en Nouvelle Zélande ¹⁴¹⁰, ou encore aux États-Unis ¹⁴¹¹.

De la même manière, au niveau européen, les Commissions pour le droit européen des contrats, présidées par OLE LANDO, ont proposé l'intégration aux *Principes du droit européen du contrat* ¹⁴¹² d'un article 1 :201 disposant que « (1) chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi [et que] (2) les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter » ¹⁴¹³.

543 Mais le Royaume-Uni est très résistant contre cette prise en compte, considérant qu'il n'y a pas de principe général, mais une appréciation casuistique. Ainsi, malgré l'absence de principe général de bonne foi, le droit anglais a transposé la directive relative aux clauses abusives au sein de son *unfair terms in consumer contracts regulations* de 1999. Cela étant cette transposition et la nécessaire interprétation de la bonne foi qui l'accompagne a été éludée par une

1408. *Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio* [1983] 46 ALR 402.

1409. *Paris v. Machnik* [1973] 32 DLR (3d) 723.

Cette prise en compte est encore davantage affirmée au Canada. En effet, le Code civil du Québec, depuis sa réforme de 1994, érige le principe de bonne foi en principe général, ainsi, les articles 6 et 7 disposent que « toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » et qu'aucun « droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi », et de manière plus spécifique au droit des contrats, l'article 1375 affirme enfin que « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ».

1410. *Nichols v. Jessup* [1986] NZLR 226, CA.

1411. Uniform Commercial Code n^{os} 2-302.

1412. Par la suite les *Principes*.

1413. Il convient en outre de préciser que la version française ne retient que le devoir de bonne foi alors que la version originale impose également une obligation de comportement loyal (*Each party must act in accordance with good faith and fair dealing*).

L'avant-projet de réforme du droit des obligations porté par la Chancellerie pour sa part dispose en sa proposition d'article 1103 que « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi » ¹⁴¹⁴. La volonté marquée par toutes ces prises de position est alors d'imposer une obligation générale de bonne foi irriguant les relations contractuelles.

Cependant, il faut en réalité considérer qu'en anglais, la bonne foi, trouve son illustration, tout à la fois dans une bonne foi subjective, c'est-à-dire dans la volonté d'agir honnêtement, il s'agira alors ici de la *good faith*, mais aussi dans un critère objectif, qu'est celui d'agir avec loyauté, ou *fair dealing*. Or, cette distinction ne trouve pas lieu d'être, ni en français qui ne traite alors que de la bonne foi, ni en allemand qui y consacre alors l'expression *treu und glauben*.

Voir ROUHETTE G., LAMBERTERIE I. DE, TALLON D. et WITZ C. (dirs.), *Principes du droit européen du contrat*, Paris : Société de législation comparée, 2003 (Droit privé comparé et européen, vol. 2), 655 p., sous art. 1 :201.

reconnaissance de son origine européenne et un refus de l'interpréter à partir d'une perspective nationale ¹⁴¹⁵.

Le rejet du principe général de loyauté par les Cours anglaises peut, et a été expliqué par le Professeur ROGER BROWNSWORD ¹⁴¹⁶ en cinq points :

- tout d'abord, il est affirmé que la prise en compte des intérêts légitimes de l'autre partie est contraire au caractère essentiellement individualiste du droit des contrats anglais ;
- ensuite, il est considéré que la bonne foi est un concept trop mou pour convenir au droit des contrats. En d'autres termes, le caractère éminemment moral de ce concept n'est pas assez défini ou délimité pour être efficace en droit des contrats ;
- en outre, la subjectivité de la bonne foi fait référence à l'état d'esprit du contractant. Or, il est toujours difficile de connaître avec certitude cet état d'esprit ;
- de plus, il est soulevé que la bonne foi, imposée de manière légale, est contraire à l'auto-régulation et à la liberté contractuelle ;
- enfin, il est considéré que la situation des parties à un contrat n'est pas toujours identique et qu'ainsi un principe général de bonne foi serait contraire à l'hétérogénéité de ces situations possibles.

Il transparaît alors que le rejet de la bonne foi comme principe général a en réalité trait à son caractère général, ainsi les juristes anglais préféreront à une règle globale, une réflexion analogique. Alors, il est considéré que la bonne foi doit trouver une application ponctuelle et non générale, ce qui explique que certains points du droit anglais font référence à la bonne foi sans pour autant qu'il soit jugé nécessaire qu'un principe général soit adopté. En ce sens, le Professeur BROWNSWORD a d'ailleurs précisé qu'il y avait une équivalence entre les réglementations spécifiques anglaises et la réglementation générale de droit civil, il est alors possible d'affirmer que la loyauté imprègne, en droit anglais comme en droit civil, les relations contractuelles et que la différence est davantage liée à la forme de la prescription (ponctuelle pour l'un et générale pour l'autre) qu'au fond.

C'est pourquoi, d'autres arguments viennent en faveur d'un principe général de bonne foi, toujours selon le Professeur BROWNSWORD, un tel principe permettrait de lutter contre la mauvaise foi de manière directe et ouverte, que le caractère général permet de combler les vides laissés par les réglementations spéciales, permettant ainsi aux Cours d'être mieux équipées pour répondre à la variété toujours grandissante de comportements déloyaux, et enfin qu'un principe général est vecteur d'une plus grande sécurité juridique.

Il est vrai que cette dernière affirmation peut paraître contradictoire, car un concept général par son caractère vague est nécessairement vecteur d'instabilité ou d'insécurité, mais il est

1415. MCKENDRICK E., *Contract law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010. p. 496 sqq., citant EVANS-LOMBE J. dans *Director General of Fair Trading v. First National Bank* [2000] 1 WLR 98, 109 : « *it is clear, therefore, that the words "good faith" are not to be construed in the English sense of absence of dishonesty but rather in the continental civil law sense* ».

1416. BROWNSWORD R., *Contract law : themes for the twenty-first century*, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2006, 332 p.

aussi par la largeur de ses prises en considération vecteur de sécurité. Ainsi, les parties contractantes, se sentant davantage protégées, auront une plus grande latitude d'action et pourront donc s'engager plus facilement ce qui sera *in fine* incitateur d'activité économique. Cependant, pour qu'une telle valeur soit rattachée au principe de bonne foi, il est nécessaire que ce dernier soit général quant à son champ *ratione materiae*, mais surtout quant à son champ *ratione personae*. En effet, la création d'activités économiques nécessite que l'offrant, le professionnel, se sente en sécurité ; il nécessite donc d'être protégé contre la mauvaise foi émanant de ses contractants, à l'inverse, une obligation générale de bonne foi qui ne reposerait que sur le professionnel serait nécessairement vecteur d'insécurité juridique pour ce dernier et donc un frein au développement économique du marché sur lequel il interviendrait.

Ce ne sera finalement que dans ces conditions qu'il pourra être considéré que la loyauté, de manière générale, constitue une condition devant être présente d'une part, lors de la formation du contrat, mais aussi lors de son exécution, étant toutefois précisé qu'aux termes de l'article 2274 du Code civil, « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Ce sera alors au consommateur considérant que l'entreprise cocontractante a été de mauvaise foi de prouver ses allégations. Cela étant, ces pratiques étant considérées comme déloyales à l'aune du droit issu de la directive, il semble que cette déloyauté soit *mutatis mutandis* démontrable au sein de pratiques exercées lors de relations contractuelles.

544 Lors de la conclusion du contrat, la loyauté devra être présente lors de l'échange des consentements. En effet, le consentement est l'élément premier et fondateur du contrat, et comme il l'a été démontré ci-dessus, il peut être défini comme un « accord de deux volontés, en vue de faire naître une obligation ou un rapport juridique »¹⁴¹⁷.

Ainsi, contracter c'est d'abord consentir et consentir au même moment sur la même chose¹⁴¹⁸, c'est alors l'application du principe de la liberté de contracter et donc de ne pas contracter, mais aussi, dans une société de marché, la liberté de choix du cocontractant qui prendra un relief particulier lors de contrats conclus *intuitu personae*. Bien que ces libertés connaissent des limites¹⁴¹⁹, il n'en reste pas moins qu'elles constituent le principe. Ensuite contracter, c'est vouloir, ce qui impose que le consentement ait été donné librement et en toute connaissance de cause. Or, l'agressivité notamment pourra être captatrice de liberté et le caractère trompeur contraire à la délivrance de la connaissance de la cause. C'est pourquoi l'avant-projet de réforme de la Chancellerie dispose, en s'imprégnant du droit de la consommation que « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi »¹⁴²⁰.

545 Enfin, cette protection s'illustrera par l'anéantissement de la convention qui faute de consentement ou par la présence d'un consentement vicié sera déclarée nulle.

1417. DELEBECQUE PH. et PANSIER F.J., Droit des obligations. [1], [1], Paris : LexisNexis, 2013.

1418. On parlera alors de *consensus ad idem*. Cette condition se retrouve tant dans les États de droit civil que de *common law*.

1419. Il s'agira notamment des obligations de contracter par exemple une assurance, ou encore de l'imposition légale d'un cocontractant par l'application d'un droit de préemption.

1420. Article 1103 de l'avant-projet, en sa version soumise à consultation publique le 25 février 2015.

Il convient alors de différencier les types de nullité. En effet, deux types de nullité peuvent s'imposer à une convention, la première, la nullité absolue, est une réaction aux états les plus graves comme lorsqu'une condition de l'existence même du contrat fait défaut. Ce sera alors la nullité encourue pour les absences de consentement, de cause ou encore d'objet du contrat. Cette nullité sera en outre étendue aux cas d'irrespect de règles imposées par la loi, il s'agira alors de l'illicéité de l'objet ou de la cause, mais encore du non-respect des formalismes imposés.

La seconde, la nullité relative, s'applique aux états les moins graves, ceux qui peuvent être consolidés. Ce sera le cas lorsque des conditions de validité ne seront pas respectées, ainsi en sera-t-il notamment des vices du consentement ou encore de l'incapacité.

546 Or, en l'espèce, les pratiques commerciales déloyales, se trouvant en amont du contrat et dont le régime en exclu la matière, ne pourront être considérées comme des conditions d'existence du contrat. Elles pourront cependant, vicier le consentement créateur de telles conventions.

La nullité alors encourue devra nécessairement être la nullité relative.

Il en découle, d'une part que la nullité devra être prononcée par un juge, en d'autres termes, elle ne sera pas de plein droit. Suivant l'idée de PLANIOL dont les écrits nourrissent encore aujourd'hui le développement de la *common law*¹⁴²¹, il y aurait donc en la matière annulabilité¹⁴²² du fait de l'exercice de la pratique commerciale déloyale, mais ce sera au juge d'en prononcer ou non la nullité.

Ensuite, seul le consommateur contractant pourra en demander la nullité. La protection alors offerte, par l'élargissement du spectre de la directive, au concurrent, ne sera pas ici assurée.

Enfin, celle-ci pourra être confirmée, soit par la renonciation expresse du consommateur¹⁴²³, soit par sa confirmation présumée du fait de la prescription¹⁴²⁴.

547 Quant à l'étendue de la nullité, le principe est celui d'un anéantissement total du contrat, ce qui impose alors un retour à la situation antérieure¹⁴²⁵. Mais dans certains cas, une exception sera portée à ce principe, il s'agira alors de réputer une clause comme étant non écrite, la nullité sera alors partielle. Il s'agit notamment de la solution légalement retenue au sujet des clauses abusives¹⁴²⁶. Cette double solution ne posera dans la plupart des cas, aucune difficulté, mais lorsque la clause annulée aura été la cause impulsive et déterminante du contrat, la nullité devra

1421. Le choix de PLANIOL comme théoricien de la matière n'est pas ici fortuite. En effet, il est possible d'affirmer qu'il s'agit de l'un des auteurs français ayant le plus influencé la COMMON LAW. Sa théorie se trouve alors doublement intéressante, d'une part, car développée par un juriste de droit civil et d'autre part, car étudiée par les juristes de *common law*.

Son œuvre donc, malgré son âge, reste particulièrement pertinente en la matière.

1422. PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1923 (Tome 2), n° 1271.

1423. Code civil, art. 1338.

1424. Code civil, art. 1304.

1425. Cass. 3^e civ., 22 juin 2005 : JCP 2005, IV, 2811 et 2812.

1426. Voir n°s 647 sqq..

alors s'étendre à l'ensemble du contrat ¹⁴²⁷. Le consensualisme prenant alors le pas sur la volonté moralisatrice de la nullité partielle.

Cela étant, il est arrivé que le rapport entre ces deux principes soit inversé, notamment lorsque la partie la plus forte à un contrat avait « perfidement » stipulé que la clause illicite était la cause déterminante de ce dernier. Ainsi les juges avaient « nonobstant le fait que les parties étaient convenues que cette clause était essentielle » réputé cette dernière non écrite, car contraire à l'ordre public ¹⁴²⁸.

548 Enfin, en la matière régie par la directive, l'obligation de loyauté ne se limitera pas à la formation du contrat, mais ira au-delà en irriguant son exécution.

Dès lors, le professionnel devra d'une part exécuter loyalement ses propres obligations contractuelles, et à ce titre il devra notamment respecter les modalités de livraisons, d'exécution et de traitement des réclamations selon les conditions de la diligence professionnelle lorsque lors de l'invitation à l'achat, il n'aura pas fourni au consommateur les informations les faisant différer des conditions de la diligence professionnelle ¹⁴²⁹, faire preuve de cohérence et proposer un service après-vente, dans la langue utilisée lors de la transaction lorsque le consommateur n'aura pas été informé que ce service ne pourra pas être assuré dans cette langue avant que celui-ci ne s'engage ¹⁴³⁰, et dans l'État membre dans lequel le produit est vendu ¹⁴³¹.

De la même manière, il devra respecter son obligation contractuelle d'information découlant de l'article 1135 du Code civil, cette dernière le contraindra à fournir lors d'un contrat de vente, le mode d'emploi de la chose, ou le cas échéant d'indiquer les précautions d'utilisation de cette dernière. Ainsi, la responsabilité civile contractuelle viendra en l'espèce rejoindre les dispositions de la directive considérant notamment comme trompeuses les informations fausses ou susceptibles d'induire en erreur le consommateur moyen en ce qui concerne « les caractéristiques principales du produit, telles que [...] les risques qu'il présente » ¹⁴³². Cependant, au-delà de l'obligation d'information, certains professionnels sont tenus d'une obligation de conseil dont la directive ne fait que peu de démonstration ¹⁴³³, la définition de la bonne foi retenue par la directive se révèle alors être relativement restrictive, prenant la matière de manière négative et interdisant les pratiques commerciales déloyales, mais ne se souciant guère de la loyauté. Ainsi selon la directive sera loyal ce qui n'est pas déloyal. Or le conseil, au-delà de

1427. Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1971, Bull. civ. I, n° 405 ; JCP G, 1972.II.17191, n. GHESTIN.

1428. Cass. 3^e civ., 6 juin 1973 : D. 1974, 151 note MALAURIE ;
Cass. 3^e civ., 3 janvier 2001 : JCP 2001, I, 354, obs. SÉRINET ;
Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007 : JCP 2007, act. 135, obs. ORTSCHIEDT.

1429. Dir. 2005/29/CE, art. 7.4.d.

Une telle lecture est en outre conforme à l'esprit de l'article 1159 du Code civil, selon lequel, « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».

1430. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique n° 8.

1431. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique n° 23.

1432. Directive 2005/29/CE, art. 6.1.b.

1433. Il s'agira principalement de l'interdiction de la tromperie ou de l'induction en erreur sur la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, ou d'un remplacement ou réparation, reposant sur l'article 6.1.e de la directive.

l'absence de déloyauté, fait montre de loyauté exacerbée, d'une sorte de fraternité contractuelle, prenant en considération l'intérêt du cocontractant avant le sien.

Mais il devra également faire preuve de loyauté dans les exigences dont il fera preuve à l'égard de l'exécution des obligations du consommateur, et en ce sens, il ne devra notamment pas imposer « tout obstacle non contractuel important ou disproportionné [...] lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur »¹⁴³⁴, et de la même manière ne pas tromper ce dernier sur ses droits notamment de remplacement ou de remboursement découlant des dispositions de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999¹⁴³⁵.

549 Finalement, la protection, pouvant être offerte par le droit contractuel par le biais du consentement, se limitera aux pratiques situées lors de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Il s'agira alors de définir ce que sont l'offre et l'acceptation (Chapitre 1)¹⁴³⁶, puis d'étudier plus particulièrement la notion de consentement (Chapitre 2)¹⁴³⁷, et enfin d'analyser les réponses de droit commun apportées à la violation du droit des contrats (Chapitre 3)¹⁴³⁸. Ces réactions de droit commun seront en outre comparées aux dispositions particulièrement édictées en droit de la consommation qui parfois le précise et parfois s'enrichit de la complémentarité du droit commun et enfin ce droit positif sera mis en perspective avec différents projets et propositions français et européens de réforme de la matière¹⁴³⁹.

1434. Dir. 2005/29/CE, art. 9.d.

1435. Directive 1999/44/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, citée par l'article 6.1.g de la directive 2005/29/CE.

1436. p. 320 sqq.

1437. p. 335 sqq.

1438. p. 376 sqq.

1439. Cependant, le droit européen de la vente proposé par le règlement du Parlement européen et du Conseil, le 11 octobre 2011 (COM(2011) 635 final), sera exclu des comparaisons, car se contentant en réalité pour la plus grande part à reprendre les différentes réglementations européennes de droit de la consommation.

Pour une étude de ce Règlement voir not. AUBERT DE VINCELLES C., « Naissance d'un droit commun européen des contrats. », RTD Eur., 2012, p. 661.

Chapitre 1 L'offre et l'acceptation comme conditions de formation du contrat.

550 De quelque rive de l'Atlantique que l'on puisse se situer, la rencontre de l'offre et de la demande constitue la manifestation d'un consentement mutuel qui est la condition essentielle de formation d'un contrat¹⁴⁴⁰. Seront donc ici étudiées les conditions de formation de l'offre (Section 1)¹⁴⁴¹, puis de l'acceptation (Section 2)¹⁴⁴² imposées par le droit commun général des contrats et enrichies par le droit spécial de la consommation ; le tout étudié à l'aune de la *common law*.

1440. Voir en ce sens *Restatement, Second, Contracts*, §22 qui poursuit cependant en affirmant que la manifestation d'un consentement mutuel peut être présent, et ce même lorsque l'offre et/ou l'acceptation ne peuvent être identifiées, ou même lorsque le moment de formation ne peut pas être déterminé.

Voir également la doctrine française, not. TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., *Droit civil les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 104.

1441. p. 321 sqq.

1442. p. 328 sqq.

Section 1 L'offre.

551 L'offre alors considérée est la pollicitation, c'est-à-dire la proposition : la « manifestation de volonté par laquelle une personne exprime son intention d'être liée si le destinataire de cette manifestation l'accepte »¹⁴⁴³.

Plus précisément, en matière de consommation, l'offre correspondra à la mise sur le marché du produit. En effet, après une telle mise sur le marché, il sera interdit au professionnel de refuser la vente ou la prestation au consommateur¹⁴⁴⁴. Il apparaît alors que le professionnel se trouve en position d'offre permanente, sauf en cas de motifs légitimes tels que l'indisponibilité du produit.

Cela étant, toutes les propositions ne seront pas qualifiées d'offres, et pour que tel soit le cas, il sera nécessaire que l'offre revête deux caractéristiques fondamentales. Il faut noter toutefois que cette exigence n'est pas légale, mais jurisprudentielle, et par conséquent susceptible de modification et *in fine* créatrice d'insécurité juridique. C'est pourquoi l'avant-projet CATALA de réforme du droit des contrats propose en son article 15 que l'offre soit définie comme « la manifestation de volonté, faite à une personne déterminée ou indéterminée, qui comprend les éléments essentiels du contrat et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »¹⁴⁴⁵.

De la même manière, l'article 2 :201 du projet Lando prévoit que : « (1) une proposition constitue une offre lorsque : (a) elle indique la volonté d'aboutir à un contrat en cas d'acceptation, (b) elle renferme des conditions suffisamment précises pour qu'un contrat soit formé » et « (2) l'offre peut être faite à une ou plusieurs personnes déterminées ou au public ».

552 En droit positif, pour être constitutive d'offre, la proposition devra être tout d'abord précise, c'est-à-dire qu'elle devra contenir la totalité des éléments essentiels du contrat prospectif sur lequel elle porte.

En effet, elle est destinée à être la base d'un contrat auquel sa rencontre avec l'acceptation donnera naissance. L'acceptation pourra n'être qu'un accord, et il est donc primordial que toutes les conditions de la convention soient édictées de la manière la plus précise possible au sein de l'offre¹⁴⁴⁶.

1443. DELEBECQUE PH. et PANSIER F.J., Droit des obligations. [1], [1], Paris : LexisNexis, 2013.

De la même manière, FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, n° 132 ;

TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., Droit civil les obligations, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 108 ;
ou encore *Restatement, Second, Contracts*, §24.

1444. Code de la consommation, art. L.122-1 : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime[...] »

1445. CATALA P. et France, Ministère de la Justice, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Paris : La Documentation française, septembre 2005, 208 p.

1446. Voir également CHAUVEL P., « Consentement », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, Octobre 2014 ;
FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, n° 133 ;

TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., Droit civil les obligations, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 109.

D'ailleurs l'article 2 :103 du projet Lando précise que « (1) Un accord est suffisant si ces termes : (a) ont été définis par les parties de telle sorte que le contrat puisse être exécuté, (b) ou peuvent être déterminés en vertu des présents principes. (2) Si toutefois, une des parties refuse de conclure un contrat faute d'accord sur un point particulier, il n'y a point de contrat si l'accord sur ce point ne s'est pas réalisé » .

Cette obligation précontractuelle d'information est par ailleurs consacrée par l'article L.111-1 du Code de la consommation en matière de vente et L.111-2 en matière de prestation de services, dont le caractère d'ordre public rend l'inapplication susceptible d'engendrer la nullité de la convention ¹⁴⁴⁷ .

553 Cela étant, la loi ne donne que peu d'indications sur les éléments essentiels du contrat, tout au plus s'est-elle exercée à propos de la vente ou encore du louage de choses ¹⁴⁴⁸ . Le droit européen semble quant à lui plus disert à ce sujet. Ainsi, l'article 5 de la directive 2011/83/UE dresse-t-il une liste des informations nécessaires à la formation d'un contrat de consommation ¹⁴⁴⁹ . La tromperie sur ces informations, qu'elle soit par action ou par omission sera considérée comme une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29/CE. Il en ressort ainsi notamment que :

1447. CA Paris, 25^e ch., sect. B, 4 octobre 1996, RJDA 1997, n° 5, n° 629.

1448. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, n° 133

1449. 1. Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par une offre du même type, le professionnel fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte :

a) les principales caractéristiques du bien ou du service, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au bien ou service concerné ;

b) l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale, l'adresse géographique de son établissement et son numéro de téléphone ;

c) le prix total du bien ou du service toutes taxes comprises ou, lorsque le prix ne peut raisonnablement être calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement ou, lorsque ces frais ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la mention que ces frais peuvent être exigibles ;

d) le cas échéant, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date à laquelle le professionnel s'engage à livrer les biens ou à exécuter le service et les modalités prévues par le professionnel pour le traitement des réclamations ;

e) outre le rappel de l'existence d'une garantie légale de conformité pour les biens, l'existence d'un service après-vente et de garanties commerciales, le cas échéant, ainsi que les conditions y afférentes ;

f) la durée du contrat, s'il y a lieu, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction automatique, les conditions de résiliation du contrat ;

g) s'il y a lieu, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ;

h) s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance.

2. Le paragraphe 1 s'applique également aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel.

3. Les États membres ne sont pas tenus d'appliquer le paragraphe 1 aux contrats qui portent sur des transactions intéressant la vie quotidienne et qui sont exécutés dès leur conclusion.

4. Les États membres peuvent maintenir ou adopter des exigences supplémentaires en matière d'information précontractuelle pour les contrats auxquels s'applique le présent article.

- Les caractéristiques principales d'un produit sont nécessaires à la constitution d'une offre conformément à la directive 2011/83/UE, mais sont aussi soumises aux articles 6.b et 7 de la directive 2005/29/CE ;
- De la même manière, l'identité du professionnel fait l'objet des articles 6.f et 7 de la directive 2005/29/CE ;
- Le prix du produit fait l'objet des articles 6.d et 7 ;
- Les modalités de paiement, de livraison et d'exécution du contrat font l'objet de l'article 7.4.d ;
- Les droits du consommateur notamment concernant ses garanties font l'objet de l'article 6.g.

En outre, lorsque l'information portera sur un contrat de vente, il sera nécessaire qu'elle fixe la chose de la vente ainsi que sa contrepartie : son prix ¹⁴⁵⁰. Cela étant, l'information donnée devra être d'autant plus complète que le contrat sera conclu à distance ou hors établissement. En effet, dans de tels cas, la directive 2011/83/UE a imposé au sein de son article 6 une liste d'informations devant être remises au consommateur ¹⁴⁵¹.

554 En tout état de cause, les informations prévues par les articles 5 et 6 de la directive 2011/83/UE, étant venues remplacer les dispositions des articles 4 et 5 de la directive 97/7/CE, alors considérées par l'annexe II de la directive 2005/29/CE comme étant substantielles, il est possible de considérer que ces dernières devront également être supposées substantielles, et qu'alors leur omission sera constitutive d'une pratique commerciale trompeuse au visa de l'article 7.5 de la directive 2005/29/CE.

À ce titre, il importe de préciser que l'article 1129 du Code civil dispose que l'obligation doit avoir « pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce [, que la quantité] peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée ». De la même manière sous le visa de l'article 1591 ¹⁴⁵², relatif à la vente, les Hauts magistrats ont précisé que le prix doit lui aussi être au moins déterminable ¹⁴⁵³.

Le droit contractuel prend alors, sur ce point, à rebours les dispositions de la directive. En effet, cette dernière considère une pratique comme une invitation à l'achat puis mentionne

1450. Code civil, art. 1583.

1451. En effet, cet article modifie les éléments nécessaires fixés par l'article 5 (voir *supra*), ainsi, alors que l'adresse du professionnel (de son établissement et de son siège social) ainsi que son numéro de téléphone n'étaient que des exemples de démonstration de l'identité de ce dernier sous le régime général, ils constituent un élément nécessaire et distinct de la démonstration de son identité sous le régime des contrats conclus à distance et/ou hors établissement (2011/83/UE, art. 6.c et d).

En outre comme ces prix s'ajoutent à ceux du bien ou du service, le coût de la technique de communication à distance devant être utilisée pour la conclusion du contrat devra être précisé (2011/83/UE, art. 6.f).

De même, l'existence ainsi que les conditions du droit de rétractation devront être rappelées (2011/83/UE, art. 6.h-k).

1452. Code civil, art. 1591 : « Le prix de vente doit être déterminé par les parties. »

1453. Cass. Civ. 3^e, 26 septembre 2007 : Bull. civ. III, n° 159 ; Defrénois 2007. 1725, obs. LIBCHABER.

les éléments devant y être mentionnés ¹⁴⁵⁴, alors qu'à l'inverse, le droit des contrats ne considérera cette pratique comme une offre que lorsqu'elle sera suffisamment précise, c'est-à-dire lorsqu'elle comportera les éléments susmentionnés.

555 En outre, il importe d'autant plus que l'offre soit précise, que l'intention de l'offrant sera déterminée selon un test objectif. C'est-à-dire que si au sein des termes de l'offre, l'offrant proposait x, il ne pourra pas soutenir qu'il pensait y. La volonté de l'offrant doit donc être définie objectivement par référence à ce qu'un homme moyen pouvait comprendre de la situation. Cette solution entre donc parfaitement en concordance avec celle soutenue par la directive relative aux pratiques commerciales déloyales qui situe l'appréciation de l'effet de la pratique par rapport au consommateur moyen ou le cas échéant au membre moyen du groupe auquel il appartient, mais aussi avec celle disposée par la directive 1999/44/CE, qui impose une garantie de conformité selon laquelle « 1. Le vendeur est tenu de livrer au consommateur un bien conforme au contrat de vente. 2. Le bien de consommation est présumé conforme au contrat : a) s'il correspond à la description donnée par le vendeur et possède les qualités du bien que le vendeur a présenté sous forme d'échantillon ou modèle au consommateur ; b) s'il est propre à tout usage spécial recherché par le consommateur, que celui-ci a porté à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat et que le vendeur a accepté ; c) s'il est propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type ; d) s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage » ¹⁴⁵⁵.

556 Ensuite, cette offre doit être ferme, toute condition retarde la formation du contrat. Se pose alors la question des réserves. Celles-ci peuvent être tacites ou expresses et la possibilité de l'emploi de ces caractères dépendra de la nature de l'offre. En effet, si l'offre est faite à une personne déterminée, seule la réserve expresse sera reconnue, à l'inverse les offres faites au public accepteront d'être soumises à la fois à des réserves expresses et tacites. Le plus flagrant, concernant les offres faites au public, est la réserve tacite d'agrément lorsque l'offre porte sur un contrat conclu *intuitu personae*.

En absence de fermeté de l'offre, celle-ci ne pourra pas être considérée comme telle, mais simplement comme une invitation à entrer en pourparler. Ce caractère de fermeté pourrait alors permettre de faciliter la distinction opérée par la directive entre les pratiques commerciales au

1454. Tout en la définissant par ailleurs comme « une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale en permettant ainsi au consommateur de faire un achat ». Dir. 2005/29/CE, art. 2.i, à mettre en relation avec l'article 7.4.

1455. Dir. 1999/44/CE du Parlement européen et du conseil, du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 2.

sens le plus large et les invitations à l'achat devant présenter les caractéristiques substantielles du produit offert à la vente ¹⁴⁵⁶.

Enfin, cette fermeté sera appréciée cas par cas selon :

- les termes de l'offre ;
- ses destinataires, étant précisé qu'en général une offre faite à une personne déterminée sera plus ferme que celle faite à un public plus large ;
- ou encore la nature du contrat, car un contrat *intuitu personae* devra permettre à l'offrant qui aurait publié une offre de manière relativement large de se réserver le droit d'agréer ou non la personne du cocontractant.

557 Finalement, il importe de préciser que le principe du consensualisme n'impose pas de conditions formelles de l'offre. C'est ainsi que la Haute juridiction a pu juger que des documents publicitaires pouvaient avoir valeur contractuelle dès lors qu'ils étaient assez précis pour constituer une offre ¹⁴⁵⁷.

Cette solution renvoi par ailleurs à la distinction opérée par la directive entre les pratiques commerciales entendues au sens large et les invitations à l'achat faisant l'objet de dispositions particulières ¹⁴⁵⁸.

De la même manière, l'article 2 :201 des *Principes*, dispose en son troisièmement, que « la proposition, faite par un fournisseur professionnel, dans une publicité ou un catalogue ou du fait de l'exposition de marchandises, de procurer des biens ou services à un prix fixé, est censé constituer une offre de vendre ou de procurer les services à ce prix jusqu'à épuisement du stock de marchandises ou des possibilités de rendre le service ».

Il doit cependant être noté que l'emploi de l'expression « est censé » présuppose qu'il ne s'agit ici que d'une présomption simple, laquelle peut être démentie par la formulation employée au sein de la pratique : un système de conditions pouvant alors être employé lors de l'offre.

558 À l'inverse, le droit issu de la *common law* considère dans une règle générale que la publicité pour des produits, et plus étonnamment encore, l'exposition de produits avec précision du prix, ne constitue pas une offre, mais plutôt une invitation à entrer en négociation ¹⁴⁵⁹, et ce même si le mot « offre » est utilisé ¹⁴⁶⁰. Cette règle est issue d'une décision prise en considération du *Pharmacy and Poisons Act* de 1933 qui imposait logiquement que la distribution

1456. Dir. 2005/29/CE, art. 7.4.

1457. Cass. Civ. 1^{re}, 6 mai 2010, pourvoi n° 08-14461, RTD civ. 2010. 580, obs. GAUTIER ; D. 2011. Pan. 472, obs. AMRANI MEKKI ; JCP 2010.30.922, obs. LABARTHE ; RDC n° 4, 2010, obs. MAZEAUD ; Dr et patr. 2011.200, obs. STOFFEL-MUNCK.

1458. Directive 2005/29/CE, art. 7.4.

1459. CHEN-WISHART M., *Contract law*, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, 678 p. , p. 72 sqq.

MCKENDRICK E., *Contract law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010. p. 56 sqq.

1460. *Spencer v. Harding* [1869-1870] LR 5 CP 561, CCP.

de certains médicaments soit effectuée par des pharmaciens qui pouvaient donc, même si le produit avait fait l'objet d'une publicité, en refuser la vente. Or, cette solution¹⁴⁶¹ a généralisé la considération selon laquelle l'exposition et la publicité ne constituaient pas des offres, mais simplement des invitations à entrer en négociation. Une telle solution renverse donc la situation et considère que c'est le consommateur qui fait une offre d'achat au professionnel qui peut donc la refuser. Cette solution avait retenu trois arguments la justifiant, mais il semble qu'aucun n'est réellement convaincant :

- tout d'abord, elle considérait que s'il s'agissait d'une offre, le simple fait que l'acheteur mette l'article dans son panier constituait une acceptation et formait donc le contrat et que cela ne permettait pas au vendeur de refuser la vente. Cet argument serait acceptable en l'espèce puisqu'il s'agit d'articles sensibles, mais peut être détourné par un retardement de l'acceptation à la présentation en paiement, ce qui est le cas aux États-Unis¹⁴⁶² ;
- ensuite, elle considérait que le qualificatif d'offre retirait au vendeur le choix de ne pas contracter, et au magasin la position de lieu de marchandage. Ces deux arguments liés se trouvent en réalité anachroniques et contraires, d'une part, aux interdictions de discrimination selon le sexe¹⁴⁶³, ou la race¹⁴⁶⁴ des clients, et d'autre part, à la lutte contre les pratiques de publicités trompeuses notamment quant au prix¹⁴⁶⁵ ;
- enfin, elle considérait que le caractère d'offre obligeait le vendeur à fournir le produit même lorsque ses stocks ne le lui permettaient plus. Ici encore, une limitation de bon sens aux stocks disponibles est aisément additionnable à une telle pratique. C'est d'ailleurs ce qui a permis à certaines Cours de qualifier de telles pratiques d'offres¹⁴⁶⁶. Par ailleurs, et pour preuve qu'une telle limitation est aisément possible, le DCFR ainsi que le projet Lando disposent qu'une telle offre doit être entendue dans la limite des stocks disponibles ou des capacités de fournir le service¹⁴⁶⁷.

1461. *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd.* [1953] 1 QB 401, CA.

1462. *Lasky v. Economic Stores* 65 NE 2d 305 (1946).

1463. Voir Sex Discrimination Act de 1975.

1464. Voir Race Relations Act de 1976.

1465. Voir Consumer Protection Act de 1987.

1466. Ainsi en était-il de la publicité offrant une étoile de lapin noir pour un dollar alors qu'elle en valait 139,50, mais précisant qu'il s'agissait d'une offre limitée aux stocks disponibles par l'emploi de l'expression *first come first served*. *Lefkowitz v. Great Minneapolis surplus Store*, [1957] 251 Minn. 188, 86 N.W.2d 689.

1467. Study Group on a European Civil Code et Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p., n° II.-4 :201 : « [...] (3) A proposal to supply goods from stock, or a service, at a stated price made by a business in a public advertisement or a catalogue, or by a display of goods, is treated, unless the circumstances indicate otherwise, as an offer to supply at that price until the stock of goods, or the business's capacity to supply the service, is exhausted ».

Principes du droit européen des contrats : Commission Lando, art. 2 : 201 : « La proposition faite, par un fournisseur professionnel, dans une publicité ou un catalogue ou du fait de l'exposition de marchandises, de procurer des biens ou services à un prix fixé, est censée constituer une offre de vendre ou de procurer les services à ce prix jusqu'à épuisement du stock de marchandises ou des possibilités de rendre le service ».

En réalité cette solution était acceptable en la matière puisqu'il s'agissait de produits sensibles, mais il semble que cette règle ne devrait pas subsister en d'autres cas. D'ailleurs, cette position a été remise en cause lors de certaines décisions ¹⁴⁶⁸.

559 Le renvoi au caractère d'extériorisation du consentement est alors présentement nécessaire. En effet, offrir, c'est d'abord consentir à s'engager avec un autre. Alors que la volonté expressément exprimée de s'engager ne posera alors aucune difficulté ; celles-ci apparaîtront avec les manifestations tacites d'offres. C'est alors ce caractère tacite de l'offre qui sera revêtu par les invitations à l'achat de la directive ¹⁴⁶⁹. Ce qui expliquerait que ces invitations, valant offres, soient considérées avec une fermeté supplémentaire par rapport aux simples pratiques commerciales. Ainsi, ce ne seront, en réalité, que les invitations à l'achat qui feront l'objet d'un dédoublement direct de la protection. En effet, celles-ci se situant directement dans le processus de contractualisation, elles seront protégées par les dispositions issues de la directive ainsi que celles du droit contractuel.

Concernant les autres pratiques commerciales déloyales, elles seront l'objet direct d'une protection des dispositions issues de la directive, mais ne feront l'objet de la protection contractuelle que lorsqu'elles seront intégrées à un tel processus. Dès lors, seule une intégration au champ de l'obligation d'information ou des vices du consentement de ces pratiques permettrait une appréhension par le droit des contrats.

À défaut de ces éléments, la proposition ne vaudra pas offre, mais seulement invitation à entrer en pourparler ou appel d'offres, et donc son acceptation n'entraînera pas en elle-même, formation du contrat.

Ce ne sera alors qu'à l'égard d'une offre précise et ferme qu'une acceptation pourra être formulée et suffisant, ainsi à elle seule, à former le contrat.

1468. Ainsi en est-il de la position du *Judge Advocates* CLEMENT, dans *R. v. Dawood* [1976] 1 WWR 262 (Alta. CA) ; ARNUP, dans *R. v. Steinberg's Ltd.* [1977], 80 DLR (3d) 741 (Ont. Prov. ct.)

1469. Définies comme « une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat », par l'article 2.i de la directive 2005/29/CE, reprenant ainsi les éléments essentiels du contrat de vente tels que soulevés par la jurisprudence.

Cette disposition aurait, par ailleurs, gagné à être élargie aux prestations autres que la vente, qui sera finalement la seule à pouvoir bénéficier directement de la double protection d'une part issue de la directive et d'autre part des mécanismes de droit contractuel.

Section 2 L'acceptation.

560 C'est alors à travers cette acceptation que la personne, en l'espèce le consommateur, viendra formuler son consentement, mais l'inverse est aussi vrai, c'est par le consentement que le consommateur viendra affirmer son acceptation. C'est pourquoi, un consentement qui ne serait pas parfait ne pourrait en principe pas être considéré comme créateur d'acceptation et donc source de convention.

En ce sens, l'acceptation devra d'une part, revêtir certaines conditions de fond (§1) et de forme (§2), et d'autre part être la conséquence d'un consentement non vicié ¹⁴⁷⁰.

§1 Les conditions de fond.

561 Pour qu'il y ait acceptation, cette dernière doit être pure et simple, complète, et conforme à l'offre. Il doit cependant être noté que la proposition TERRÉ ne garde que les caractères pur et simple comme offrant à l'acceptation force créatrice de contrat ¹⁴⁷¹.

I Une acceptation complète .

562 L'acceptation doit porter sur l'ensemble des conditions fixées lors de l'offre. Alors deux situations sont à distinguer ¹⁴⁷², soit l'offre ne portait que sur des points essentiels, dans quel cas, l'acceptation entraîne la conclusion du contrat et il appartient aux parties de s'entendre sur les points secondaires ¹⁴⁷³.

Soit, l'offre était plus détaillée, dans ce cas l'acceptation doit porter sur l'ensemble des points. Dans la situation contraire, le juge pourra décider que le contrat n'est pas formé si les conditions non acceptées ont été considérées déterminantes pour l'offrant ¹⁴⁷⁴. Il y aura alors accord de principe obligeant les parties à une poursuite des négociations de bonne foi ¹⁴⁷⁵, jusqu'à acceptation ou rejet de toutes les conditions essentiellement évoquées par l'offrant ¹⁴⁷⁶.

Cette constatation amène alors à la seconde condition qu'est celle obligeant l'acceptation à être pure et simple.

II Une acceptation pure et simple .

563 Il s'agit alors ici de rappeler que les conditions retardent la formation du contrat, et laisse

1470. Voir la partie suivante, (Chapitre 2), p. 335 sqq.

1471. TERRÉ F. (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), 224 p., art.19.

1472. MALINVAUD PH., LASZLO-FENOUILLET D. et MEKKI M., Droit des obligations, 13^e éd., Paris : Lexis-Nexis, 2014 n° 131.

1473. Cass. req., 20 janvier 1941 : DA 1941, 179.

1474. Cass. com. 16 avril 1991 : JCP 1992, II, 21871, obs. GAIN.

1475. Cass. com., 2 juillet 2002 : RJDA 2003, n° 52 ; RTD civ. 2003, 76, obs. MESTRE et FAGES.

1476. Cass. 3^e civ., 14 janvier 1987 : JCP 1987, IV, 96.

les parties dans une situation de négociation contractuelle.

Un exemple permet alors d'éclairer ces propos, si un acheteur accepte l'achat d'un bien à condition que le prix soit baissé, l'acheteur devient alors offrant de cette somme et le vendeur destinataire de l'offre pourra ou non l'accepter.

Cette position est d'ailleurs reprise par les *Principes* qui disposent au sein de l'article 2 :208 que « la réponse du destinataire qui énonce ou implique des adjonctions ou des modifications qui altéreraient substantiellement les termes de l'offre constitue un rejet de l'offre et une offre nouvelle », tout en ajoutant que les modifications ou adjonctions non substantielles ne retirent pas à la réponse son caractère d'acceptation.

De la même manière, l'article 1105-5, alinéa 2, de l'avant-projet CATALA retient qu'« Une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle ».

- 564** Cela étant, il importe de rappeler que, le plus souvent, dans les contrats de consommation tels que sont ceux objets de l'étude présente, le contrat sera d'adhésion, se caractérisant alors par une fermeté ou même par une fermeture à la négociation, n'offrant alors comme autre choix que l'acceptation ou le refus pur et simple et accélérant alors d'autant le processus de négociation contractuelle, au détriment d'une part importante des prérogatives normalement offertes au consommateur par le principe du consensualisme.

III Une acceptation conforme à l'offre .

- 565** Cette condition rejoint en réalité la condition de fermeté de l'offre. En effet, l'acceptation ne pourra porter que sur ce qui a été proposé dans l'offre.

Une telle position permet de rejeter les clauses illisibles ou inintelligibles, car rédigées en une langue étrangère, en trop petits caractères, ou encore apposées dans un document annexe à l'offre et non transmis en même temps que cette dernière.

Il s'agira alors de la poursuite d'un objectif commun à celui de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs qui sanctionne, au même titre que la dissimulation d'informations substantielles, la fourniture de telles informations, « de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps »¹⁴⁷⁷.

- 566** En réalité, l'ensemble de ces conditions de fond peut être résumé en affirmant que l'acceptation doit correspondre à l'offre¹⁴⁷⁸. Cette situation est alors identique au droit issu de la *common law* qui considère que pour qu'une acceptation corresponde à l'offre, et donc lie les deux parties, il est nécessaire qu'elle ne soit pas conditionnée, ou encore qu'il ne s'agisse pas d'une contre-offre¹⁴⁷⁹.

1477. Directive 2005/29/CE, art. 7.2.

1478. *Smith v. Hughes* [1871] LR 6 QB 597, CA, où il a été jugé que faute de consentement *ad idem*, il n'y avait pas de contrat.

1479. CHEN-WISHART M., *Contract law*, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, 678 p. p. 79 sqq.

En ce sens d'ailleurs, l'avant-projet de réforme de la Chancellerie dispose en son article 1119 que « l'acceptation est la manifestation de la volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre ».

Enfin, ces conditions de fond ne suffisent pas toujours à ce que l'acceptation soit parfaite.

§2 Les conditions de forme.

567 Le droit contractuel repose sur le principe fondamental qu'est celui du consensualisme qui n'impose aucune forme à l'expression des consentements des parties. Cependant, le silence comme mode d'expression dispose d'un régime particulier.

I Le principe du consensualisme

568 Suivant le principe du consensualisme, tant l'offre que l'acceptation ne sont soumises à aucune condition de forme. En outre, aucun texte législatif n'impose de condition d'extériorisation¹⁴⁸⁰. Pourtant, la doctrine considère unanimement sa présence comme une exigence. Ce n'est qu'au sujet de sa justification que cette dernière se divise. Ainsi, certains considèrent qu'elle permet de distinguer l'intention, au sens du projet, de la volonté de s'engager où réside le consentement qui ne pourrait alors être exprimé que par une extériorisation¹⁴⁸¹.

D'autres prennent en considération l'origine de la volonté : son caractère interne, provenant de l'état d'esprit de la personne et ne pouvant ainsi avoir d'effet que si elle est extériorisée et parvient ainsi à la connaissance de l'autre partie¹⁴⁸².

569 En effet, la volonté est un acte psychologique qui n'acquiert cependant valeur juridique que par sa manifestation¹⁴⁸³. En ce sens, il est alors possible de distinguer entre la volonté réelle et la volonté formelle ou exprimée¹⁴⁸⁴.

La volonté réelle tout d'abord, consiste en la réunion de la conscience de son engagement et de l'intention d'exécuter l'obligation ou les obligations en découlant. La conscience alors nécessaire renvoie logiquement à la notion de capacité ou encore de protection des esprits les plus affaiblis lors du processus de contractualisation.

La volonté formelle ensuite, ou la volonté exprimée renvoie à la nécessité d'extériorisation du consentement des deux parties au contrat, ainsi l'offre devra être exprimée, mais aussi et

1480. ATTUEL-MENDES L. ; et Fédération nationale pour le droit de l'entreprise, *Consentement et actes juridiques*, Paris : Litec, 2008 (Bibliothèque de droit de l'entreprise, 77), 475 p., n° 231 sqq., précisant en outre qu'elle ne se trouve que de manière indirecte dans l'article 219 du Code civil selon lequel « si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habiliter par la justice à le représenter ».

1481. En ce sens, notamment, GHESTIN, PETIT.

1482. En ce sens, notamment, MARTY, RAYNAUD, LARROUMET, CHAUVEL.

1483. Et ce tant en droit civil qu'en celui issu de la *common law*, voir not. en ce sens *Gutheil v. Caledonia N° 99 R.M.*, [1964], 48 DLR (2d) 628 at 635 : « *The law judges of the intention of a person by his outward expression only and it judges of an agreement between two persons exclusively from those expressions of their intentions, which are communicated between them* ».

1484. BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil les obligations*, Paris : Sirey : Dalloz, 2014. n°s 732 sqq.

surtout, l'acceptation de cette dernière le devra elle aussi. En effet, cette extériorisation empêche d'avoir à rechercher l'état de pensée d'une des parties.

Paradoxalement, l'extériorisation, condition de formation du contrat par expression du consentement, ne se trouve pas pour autant être une condition formaliste. Alors, cette extériorisation pourra en principe prendre la forme souhaitée.

570 Ce principe se trouvera cependant aménagé selon les matières ou types de contrats en question obligeant alors à un formalisme. Ainsi en est-il notamment du contrat passé sous forme électronique, où la règle du double clic est appliquée. Cette règle découle en effet de la lecture de l'article 1369-5 du Code civil, selon lequel, « pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation ».

En d'autres termes, pour accepter l'offre, le consommateur devra, par un premier clic, effectuer une sorte de précommande ou de pré choix, puis, par un second clic, il confirmera sa commande ou son acceptation.

571 D'autre part, le consensualisme ne se limite pas à consacrer la formation du contrat par la rencontre des consentements, il permet aux parties de préciser le déroulement de leur relation. Ainsi, une offre peut prévoir le mode d'acceptation qui sera accepté.

Cette situation est notamment appliquée dans les États de *common law* où les Cours ont cependant tendance à considérer de telles stipulations comme permissives et non obligatoires. En d'autres termes, la loi revient prendre ces droits sur ce qui n'est pas encore une matière contractuelle et en l'absence de clarté sur le caractère obligatoire de la méthode d'acceptation, celle-ci pourra être opérée selon les modalités acceptées par l'offrant, mais aussi selon celles offertes par la loi.

II Le régime particulier du silence .

572 Enfin, le silence, pour sa part, et en raison de son caractère ambigu, n'aura pas toujours une valeur d'acceptation.

Tout d'abord, celui-ci doit être distingué de l'acceptation tacite. En effet, il y aura acceptation tacite lorsque cette dernière ne fera pas l'objet d'une déclaration de volonté, mais résultera de faits qui ne peuvent s'expliquer que par elle¹⁴⁸⁵. Il en sera notamment ainsi de l'exécution du contrat¹⁴⁸⁶. Ainsi, le contrat conclu, même en présence d'une pratique commerciale déloyale, du fait de l'acceptation tacite du consommateur, sera en principe valable si les conditions du consentement sont respectées. Par exemple, la directive interdit les ventes et prestations sans commande préalable, mais celle-ci ayant rejeté le champ contractuel de son application, rien

1485. MALAURIE PH., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK PH., Les obligations, 6^e éd., Paris : LGDJ : Lextenso, 2013 n° 475.

1486. Cass. com., 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 234 ; Defrénois 1992, art. 35212, n° 12, obs. AUBERT.

à ce stade ne permet de considérer que le paiement par le consommateur d'une marchandise, reçue sans commande préalable, ne vaudra pas acceptation alors que l'envoi d'une telle marchandise n'engage en rien le consommateur. Il s'agira alors ici d'une application de l'adage bien souvent déclamé, mais difficilement agréé par les consommateurs, qu'est « nul n'est censé ignorer la loi ». Heureusement, les États, ayant la possibilité de légiférer au-delà de la directive en matière contractuelle pourront imposer une nullité d'un tel contrat. Ainsi, toujours concernant cette illustration, le législateur français a introduit, au sein du troisième alinéa de l'article L.122-3 du Code de la consommation, une disposition précisant que le contrat conclu après une telle pratique était nul et de nul effet. Il appartiendra alors aux législateurs de chaque État de considérer ou non l'emploi de pratiques commerciales déloyales comme source de nullité des contrats conclus à sa suite.

À l'inverse, la loi CHATEL du 28 janvier 2005 est venue encadrer les reconductions tacites et a intégré au Code de la consommation l'article L. 136-1 imposant au professionnel une obligation d'information d'une reconduction tacite du contrat, reconduction à laquelle le consommateur devra, le cas échéant explicitement s'opposer.

Deux remarques devront alors ici être apportées, d'une part, si l'obligation d'information n'était pas respectée par le professionnel, le consommateur pourrait mettre fin gratuitement et quand il le souhaitera au contrat qui l'uni au professionnel, et d'autre part, ce n'est que cette information qui crée une obligation d'expression d'un refus de la reconduction tacite.

En d'autres termes, il s'agira par cette information pour le professionnel de proposer une sorte d'offre de reconduction à laquelle seul le refus devra être exprimé. Ici alors, l'inaction sera source d'acceptation.

573 À l'inverse, le silence se caractérise par l'absence de déclaration, mais surtout, par l'absence d'accomplissement d'actes. Il s'agit « d'un comportement purement passif, sans signe extérieur tangible »¹⁴⁸⁷.

En ce sens, DEMOGUE considérerait qu'« il y a silence au sens juridique lorsqu'une personne au cours de cette activité permanente qu'est la vie, n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet (volonté expresse), ni par une action d'où on puisse déduire sa volonté (volonté tacite) »¹⁴⁸⁸.

Dans de tels cas, le principe est que ce dernier ne vaut pas acceptation¹⁴⁸⁹. Ce principe est issu d'une jurisprudence constante depuis 1870 selon laquelle « en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve

1487. CHAUVEL P., « Consentement », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, Octobre 2014.

1488. DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, I, *Source des obligations*., [s.l.] : Arthur Rousseau éditeur, 1923 (Tome I), cité par, ATTUEL-MENDES L. ; et Fédération nationale pour le droit de l'entreprise, *Consentement et actes juridiques*, Paris : Litec, 2008 (Bibliothèque de droit de l'entreprise, 77), 475 p., n° 247.

1489. Les exceptions à ce principe, qu'elles soient légales (not. concernant la reconduction de baux, ou des contrats d'assurance) ou jurisprudentielles (en cas de relations d'affaire, d'usages entre professionnels, ou encore d'offre faite « dans l'intérêt exclusif de celui auquel elle est adressée ») ne seront pas ici traitées.

Voir TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., *Droit civil les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 124.

contre lui de l'obligation alléguée »¹⁴⁹⁰. Cela étant, l'exception découlant du régime du silence circonstancié restera, dans de rares cas, possible.

De la même manière l'article 27 de la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs¹⁴⁹¹, affirme que « le consommateur est dispensé de l'obligation de verser toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée d'un bien, [...] ou de prestation non demandée de services, en violation de l'article 5, paragraphe 5, et de l'annexe I, point 29, de la directive 2005/29/CE. [Et que], l'absence de réponse du consommateur dans un tel cas de fourniture ou de prestation non demandée ne vaut pas consentement »¹⁴⁹².

L'avant-projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie se situe exactement dans la même ligne que ces différents points de vue. Il dispose ainsi en son article 1121 que « le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ».

En outre, le silence ne vaut pas non plus refus, car, par définition le silence ne dit rien et ne vaut donc juridiquement ni acceptation ni refus¹⁴⁹³.

574 De la même manière, l'article 2 :204 des *Principes* distingue implicitement le silence de l'inaction en les liant toutefois par le fait qu'ils ne peuvent, à eux seuls, valoir acceptation. Cela étant, s'il est unanimement reconnu que le silence ne vaut pas acceptation, il est possible que l'inaction vaille quant à elle acceptation, notamment lorsqu'un contrat cadre ou que des usages supposent que tel est le cas¹⁴⁹⁴.

575 Ici encore, le droit issu de la *common law* est commun au droit français et ne considère pas que le silence puisse valoir acceptation¹⁴⁹⁵.

Ces considérations et solutions communes permettent d'empêcher l'exploitation déloyale de l'inertie de la personne recevant l'offre. Ainsi, il est possible de lier cette solution à l'interdiction des pratiques de ventes ou prestations de services sans commande préalable. En effet, dans cette situation les législations sont également identiques et le produit envoyé doit être considéré comme un cadeau. Ainsi, cette législation permet d'une part de considérer que le silence ne vaut pas acceptation, mais d'autre part elle sanctionne la déloyauté de l'envoi forcé par la requalification de la pratique en don.

1490. Cass. civ., 25 mai 1870, Guilloux, DP, 1870.I.257 ; S., 1870.I.341.

Cette position est également retenue par le DCFR : Study Group on a European Civil Code et Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p., n° II.-4 :204,(2).

Ou encore l'avant-projet PAVIE, Académie des privatistes européens, Code européen des contrats : avant-projet (Pavie), Ed. de poche rev. et corr, Milano : A. Giuffrè, 2004, 752 p. art. 16 al. 3.

1491. 2011/83/UE

1492. Transposé en l'article L.122-33 du Code de la consommation.

1493. FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, 3^e éd. mise à jour, Paris : Presses universitaires de France, 2012 (Thémis). p.273.

1494. ROUHETTE G., LAMBERTERIE I. DE, TALLON D. et WITZ C. (dirs.), Principes du droit européen du contrat, Paris : Société de législation comparée, 2003 (Droit privé comparé et européen, vol. 2), 655 p., sous art. 2 :204.

1495. *Felthouse v. Bindley* [1862] 6 LT 85.

Ici la proposition du groupe dirigé par le Professeur TERRÉ semblerait bienvenue. En effet, celle-ci dispose en son article 20 que « sauf disposition légale, convention ou usages contraires, le silence ne vaut pas acceptation [mais que] des circonstances particulières dûment constatées peuvent, toutefois, donner au silence la signification d'une acceptation »¹⁴⁹⁶. Il en ressortirait que tel qu'en droit positif, le silence ne vaudrait par principe pas acceptation, mais que toute une série de dérogations serait offerte à ce principe. Ainsi en serait-il des dispositions légales, des conventions ou encore des usages, mais également des circonstances particulières et dûment constatées ; cette dernière possibilité permettrait alors aux magistrats saisis de la cause de responsabiliser les acteurs en considérant ou non que l'inertie (notamment du consommateur) puisse être responsabilisée par l'attribution au silence de la valeur d'acceptation.

Finalement, si la rencontre de l'offre et de l'acceptation permet la formation du contrat, elle n'est pas suffisante à sa validité.

En effet, pour que cette formation soit valide, il sera nécessaire qu'à cette rencontre corresponde celle des consentements.

1496. TERRÉ F. (dir.), Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail, Paris : Dalloz, 2008 (Thèmes & commentaires. Actes), 310 p..

Chapitre 2 Le consentement comme condition de validité du contrat.

576 Traditionnellement, il est fait appel à la théorie classique des vices du consentement protégeant l'intégrité de ce dernier, mais contemporanément, cette protection n'est pas suffisante, encore est-il nécessaire que ce dernier soit lucide.

Cela étant, l'inverse est aussi vrai, et il importe dès lors de préciser que ce n'est pas parce qu'un consommateur aura reçu tous les éléments lui permettant d'exprimer un consentement lucide que la théorie des vices du consentement en protégeant l'intégrité sera exclue.

Il a en effet été en ce sens précisé que « l'invocation d'un vice du consentement, droit commun de la formation des contrats, n'est nullement rendue impossible par le fait que ledit contrat est soumis aux dispositions de la loi du 22 décembre 1972 : les contrats spéciaux, régis par les dispositions particulières, demeurent régis par le droit commun des contrats pourvu qu'il n'y ait pas incompatibilité entre les dispositions générales et les dispositions particulières »¹⁴⁹⁷. Admettre le contraire, comme l'a exactement constaté cette même Cour d'appel, reviendrait paradoxalement à réduire la protection offerte aux consommateurs par l'application de dispositions censées, à l'inverse, la renforcer¹⁴⁹⁸.

577 Il apparaît donc que les dispositions particulièrement imposées par le droit de la consommation viennent protéger le consommateur dans des domaines spéciaux offrant ainsi un surplus de protection, mais que ce renforcement est lui-même épaulé par le droit commun des contrats qui par son caractère supplétif offre une théorie générale permettant de combler les carences des dispositions particulières.

En d'autres termes, le droit spécial de la consommation offre des protections ciblées intervenant *a priori*, mais ce caractère ciblé offre nécessairement à la déloyauté le moyen de s'immiscer dans la formation du contrat. C'est donc face à cette déloyauté que la théorie générale du contrat agit en second temps.

578 Cela étant, s'il est possible de considérer que le respect des conditions relatives à la réflexion n'empêche pas que le consentement ait été autrement vicié ou que l'information complète n'empêche pas l'emploi de pratiques commerciales agressives, il semble plus difficile de considérer que le respect des dispositions relatives à l'information du consommateur ne soit pas exclusif de la présence d'un dol ou d'une erreur.

Mais à bien y réfléchir, il existe en réalité une différence entre l'information exprimée, et celle qui est reçue. Ainsi M^{me} RZEPECKI démontrait très exactement que « le consommateur

1497. CA Versailles, 8 juillet 1994, RTD civ. 1995, 97, obs. MESTRE, cité par, RZEPECKI N. et Institut de droit des affaires (Aix-en-Provence Bouches-du-Rhône), Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, n° 575.

1498. CA Versailles, 15 septembre 1995, RTD civ. 1996, 147, obs MESTRE, cité par RZEPECKI N. et Institut de droit des affaires (Aix-en-Provence Bouches-du-Rhône), Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, n° 576.

n'utilise qu'à dose homéopathique l'aide qui lui est offerte »¹⁴⁹⁹. En effet encore faudrait-il qu'il ait la volonté d'interpréter l'information qui lui est transmise¹⁵⁰⁰, mais surtout qu'il en ait la capacité. C'est alors ici que la théorie d'*overkill of information* trouve son épanouissement le plus flagrant. En effet, lorsque le consommateur aura reçu un contrat complété de toutes les informations prescrites, il n'aura le plus souvent pas la capacité de comparer les informations annexées au contrat avec celui qu'il lui semblera avoir conclu. Ainsi, l'obligation d'information et le formalisme informatif pourraient alors être, *in fine*, utilisés comme moyen de désinformation du consommateur.

Bien sûr, la réticence dolosive, qui se caractérise par deux éléments que sont la volonté de tromper et la réticence d'information, ne pourra pas être soulevée puisque justement le professionnel aura transmis l'information. Mais le dol lui, qui se caractérise par des manœuvres, est tout à fait acceptable et ainsi, la manœuvre consistant à noyer l'information substantielle dans un flot d'informations autres pourra être considérée comme dolosive.

Enfin, l'erreur sera plus difficilement excusable si elle porte sur un élément que le professionnel aura précisé au travers de l'information transmise. L'erreur apparaît alors exclue par la mise en jeu du formalisme informatif, ou en d'autres termes, la forme exclue en la matière le fond et l'application stricte des règles de formalisme informatif suffirait à supprimer l'étude fondamentale de la possibilité d'erreur par le consommateur. Une telle solution serait alors vectrice de sécurité juridique pour les entreprises et donc d'une compétitivité accrue.

579 Finalement, la lutte contre la déloyauté, objet de cette directive, se fera dans un premier temps, et *a priori*, par le jeu des dispositions issues de cette dernière qui permettent une sanction des pratiques « susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique » du consommateur. Ce caractère préventif se trouvera ensuite dans l'application du droit spécial des contrats de consommation protégeant la lucidité du consentement. Enfin, une réaction *a posteriori* sera possible par le retour de la théorie générale des contrats protégeant l'intégrité du consentement des consommateurs.

Mais outre ce caractère chronologique, l'imbrication de ces différentes dispositions se fera de la même façon quant à leur mise en œuvre. En effet, les dispositions issues de la directive viendront sanctionner les pratiques ayant été mises en œuvre avant toute formation d'une convention, puis lors de cette formation elles seront épaulées par les dispositions relatives à la lucidité du consentement qui par leur caractère spécialisé ne couvriront pas toutes les situations et ce sera dans le cas d'un vide laissé par de telles dispositions que la mise en œuvre de la théorie générale du contrat pourra alors chapeauter le tout.

1499. RZEPECKI N. et Institut de droit des affaires (Aix-en-Provence Bouches-du-Rhône), Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, n° 131.

1500. Il pourrait *a contrario* être affirmé que lorsque le législateur impose au professionnel une obligation d'information, la moindre des choses serait que le consommateur soit contraint à son tour de lire cette dernière.

Ainsi, il sera étudié de manière successive, les conditions imposées par le droit commun des contrats pour permettre l'obtention d'un consentement intègre (Section 1) ¹⁵⁰¹, puis celles permettant à ce dernier d'être lucide (Section 2) ¹⁵⁰².

1501. p. 338 sqq.

1502. p. 367 sqq.

Section 1 L'intégrité du consentement.

580 Un consentement intègre est à la fois un consentement libre et éclairé, pour se faire, celui-ci doit donc être exempt de tout vice, ou tout du moins sa valeur devra alors être mise en perspective avec le degré de la volonté. Car, tel que l'affirmait le Doyen RIPERT, « entre celle qui existe dans le cœur des contractants et celle qui ne s'affirme que sur leurs lèvres alors que le consentement interne fait totalement défaut, il y a une volonté de qualité inférieure, viciée dans son élément de liberté par la violence, dans son élément de conscience par l'erreur et le dol »¹⁵⁰³.

Le vice du consentement doit avant tout être distingué de deux notions voisines, tout d'abord, les causes de résolution du contrat. En effet, alors que le consentement trouve son essence avant et jusque lors de la convention, les causes de résolution naissent de l'inexécution du contrat. Il peut être ici un parallèle avec la théorie issue de la *common law*, de la *promissory fraud*, ainsi, par un effet de miroir, alors que la *promissory fraud* vient réagir face à une promesse faite avec l'intention de ne pas la tenir¹⁵⁰⁴, contrairement à l'*infringement* qui sanctionne le non-respect des clauses du contrat, ici, le vice du consentement se trouvera de la même façon lors de la formation du contrat alors que les causes de résolutions trouveront application lors de son inexécution.

581 Ensuite, il n'y a pas vice du consentement lorsqu'il y a défaut de consentement. C'est ainsi que l'article 414-1 du Code civil dispose que « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit ». Ainsi, sous condition de démontrer l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte¹⁵⁰⁵, le consentement sera considéré comme inexistant et la convention sera donc anéantie.

582 Enfin, la jurisprudence a développé plusieurs éléments pouvant vicier le consentement repris aujourd'hui par les articles 1109 et suivants du Code civil. Ainsi, l'article 1109 dispose qu'il « n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol ».

Trois situations peuvent donc vicier le consentement, il s'agit tout d'abord de l'erreur (§1), puis de la violence (§2) et enfin du dol (§3). Il s'agira alors d'étudier les rapports qui peuvent être opérés entre ces vices traditionnels du consentement et les concepts employés par la directive qui permettent de qualifier des pratiques commerciales d'agressives ou de trompeuses.

§1 L'erreur.

583 L'erreur est une « appréciation inexacte portant sur l'existence ou les qualités d'un fait, ou

1503. RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2014 (Anthologie du Droit). n^{os} 41 sqq..

1504. Pour une étude de la *promissory fraud*, voir *supra*, n^{os} 385 sqq..

1505. Démonstration qui fera l'objet de l'appréciation souveraine des juges du fond : Cass. Civ. 2^e, 23 octobre 1985 : Bull. civ. II, n^o 158.

sur l'existence ou l'interprétation d'une règle de droit »¹⁵⁰⁶, en d'autres termes, elle consiste à croire vrai ce qui est faux et *vice versa*¹⁵⁰⁷. Et comme l'affirmait POTHIER, « l'erreur est le plus grand vice des conventions : car les conventions sont formées par le consentement des parties ; et il ne peut pas y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention »¹⁵⁰⁸, il s'agira alors de l'application de la règle *non videntur qui errant consentire*.

584 Cela dit, le régime de l'erreur doit mettre en balance deux exigences fondamentales. D'une part, celle de justice, qui associée au principe du consensualisme présupposerait que toute erreur aurait pour conséquence d'affecter le consentement et par conséquent devrait être source de nullité de la convention en faisant l'objet. Mais d'autre part, la nécessité de sécurité des transactions impose que seules des erreurs majeures puissent remettre en cause la convention de l'espèce. Ainsi, comme pour le dol ou la violence, l'erreur ne sera une cause de nullité que lorsqu'elle aura véritablement déterminé le consentement. Ce caractère déterminant impose alors nécessairement une appréciation *in concreto*, mais l'acceptation de cette seule appréciation déstabiliserait forcément la balance précédemment évoquée au détriment de la sécurité des transactions. Ainsi, l'erreur devra être étudiée à l'aune du caractère objectif de sa gravité, ou plutôt de la gravité de l'effet qu'elle engage.

Allant plus loin, l'avant-projet PAVIE affirme dans son article 151 non seulement que la partie dans l'erreur ne peut demander annulation du contrat lorsque cela se révèle contraire à la bonne foi, mais également qu'elle peut se trouver condamnée en équité lorsqu'elle aura poursuivi son effort d'annulation après réplique motivée de la contrepartie¹⁵⁰⁹.

585 C'est pourquoi, d'une part, ne seront prises en considération que les erreurs déterminantes et excusables¹⁵¹⁰, et d'autre part, le Code civil n'évoque que deux types d'erreurs, celle sur la substance de la chose du contrat et celle sur la personne du cocontractant.

Ainsi, alors que l'alinéa premier de l'article 1110 prévient que « l'erreur n'est cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet »,

1506. GUILLIEN R., VINCENT J., GUINCHARD S. et MONTAGNIER G., *Lexique des termes juridiques*, Paris : Dalloz, 2004.

1507. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*. 1 L'acte juridique, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, n° 193 ;

TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., *Droit civil les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 208 ;

DELEBECQUE PH. et PANSIER F.J., *Droit des obligations*. [1], [1], Paris : LexisNexis, 2013 ;

GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, Paris, 1963, 2^e éd, 1972 ;

MALINVAUD PH., « L'erreur sur la substance », *D.* 1972. Chron. 215 ;

VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992.305 ;

GHESTIN J. et SERINET Y.M., « Erreur », in *Répertoire de droit civil*, Paris : Dalloz, janvier 2015.

1508. POTHIER R.-J. et HALPÉRIN J.-L., *Traité des obligations*, Paris : Dalloz, 2011.

1509. Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats : avant-projet (Pavie)*, Éd. de poche rev. et corr, Milano : A. Giuffrè, 2004, 752 p., art.151, al.5.

1510. L'avant-projet TERRÉ dispose en ce sens au sein de son article 40 que « L'erreur sur la substance de la chose ou sur la personne est une cause de nullité, qu'elle soit de fait ou de droit, à moins qu'elle ne soit inexcusable » ; TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2008 (Thèmes & commentaires. Actes), 310 p..

De la même manière, l'avant-projet PAVIE rejette les erreurs qui dépendraient d'une « négligence grossière », Académie des privatistes européens, *Code européen des contrats : avant-projet (Pavie)*, op.cit., art.151, al.3.

son alinéa second étend cette cause de nullité à l'erreur sur la personne du cocontractant lorsque cette dernière est la cause principale de la convention.

De la même manière, la *common law* insiste sur le fait que l'objet de l'erreur doit être fondamental, qu'il doit s'agir des racines du contrat ¹⁵¹¹.

Pour sa part, l'avant-projet de la Chancellerie en sa version soumise à consultation publique le 25 février 2015 considère que l'erreur doit porter sur des qualités substantielles étant définies comme « celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté » ¹⁵¹².

Autrement dit, ce sont celles sans lesquelles « l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes » ¹⁵¹³.

Or, considérant que l'action ou l'omission trompeuse est celle qui amène (ou est susceptible d'amener) le consommateur « à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise autrement » ¹⁵¹⁴, il conviendrait de considérer que les qualités listées par la directive 2005/29/CE peuvent être qualifiées d'essentiels à l'aune du régime de l'erreur de droit civil disposé par cet avant-projet de réforme.

Mais alors, il s'agirait de considérer par lecture combinée des articles 6.1.f de la directive et 41 de l'avant-projet que tout contrat de consommation, du point de vue du consommateur, est conclu *intuitu personae*.

En effet, si la directive interdit de tromper sur les qualités du professionnel, l'avant-projet ne fait de l'erreur sur ses qualités une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne.

586 La doctrine pour sa part a développé la notion parallèle d'erreur-obstacle qui englobe l'erreur sur la nature du contrat, *error in negotio*, ce sera par exemple lorsqu'une personne croyait obtenir une donation alors qu'il s'agissait d'une vente, et l'erreur sur l'identité de la chose, *error in corpore*, lorsqu'il s'agit de choses identifiables. Mais ces hypothèses sont très rares, elles engageront, malgré le silence du législateur à leur sujet, sans doute une nullité du contrat. En effet, l'éminent PLANIOL avait alors synthétisé la chose en affirmant qu'il ne s'agissait alors pas d'un contrat, mais d'un malentendu ¹⁵¹⁵. Cette notion ne fera alors ici, pas l'objet d'un développement plus approfondi.

587 Finalement, il convient de dire que malgré une appréciation *in concreto*, certaines difficultés apparaissent quant à sa démonstration à tel point qu'il avait notamment pu être jugé de celui qui

1511. *Morrison v. Burton* [1955], 15 WWR 667 at 671 (Alta. S.C.) ;
Bell v. Lever Brothers Ltd., [1932] AC 161 at 217, 218, 224-226 (HL).

1512. Article 1132.

1513. Article 38 de l'avant-projet en sa version du 23 octobre 2013 ; disposition qui n'est pas reprise au sein de l'avant-projet soumis à consultation publique.

1514. Art. 6 et 7 de la directive 2005/29/CE.

1515. PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1923 (Tome 2), n° 1052.

pensait acheter une peinture de MAGNASCO, qu'il « n'avait pas justifié avoir vu dans l'authenticité de la toile une qualité substantielle »¹⁵¹⁶.

D'aucuns avaient expliqué cette jurisprudence par la nécessité que la qualité entre dans le champ contractuel, qu'il s'agisse d'une qualité convenue. Mais une telle appréciation mélangerait la théorie de l'erreur, vice du consentement, et l'inexécution, ou l'exécution imparfaite, d'une convention (garantie de conformité, vices cachés ...).

Finalement, cette sévérité dans l'appréciation de l'erreur amène une fréquence de rejets importante.

588 Cette notion d'erreur est également prise en considération par les droits anglo-américains, cela étant, elle est considérée comme une notion malléable se mêlant avec une multitude d'autres situations ayant elles-mêmes leur propre régime¹⁵¹⁷. Mais en réalité, les distinctions sont identiques à celles opérées en droit français, notamment, le dol et l'erreur se distingueront de par l'intervention de l'autre partie au contrat. Ne sera alors prise en considération ici que l'erreur entendue au sens du droit français.

Cela étant, ayant été démontré auparavant que le consentement subissait une analyse objective, l'erreur pourra de la même façon être vue de manière objective¹⁵¹⁸, suivant alors la décomposition de l'objectivité dégagée par HOWARTH, trois études devront être menées, tout d'abord, du point de vue de celui qui se prévaut de l'erreur, est-il objectivement justifiable qu'une personne moyenne ne se serait pas engagée en sachant cette erreur ? Ensuite du point de vue de l'autre contractant, une personne moyenne placée dans sa situation aurait-elle dû déceler l'erreur et donc n'aurait pas dû considérer l'offre comme contenant l'erreur, mais comme formulée selon ce qui aurait dû être le cas ? Enfin d'un point de vue extérieur, était-il objectivement apparent qu'une erreur avait été commise ?

Un arrêt illustre bien cette situation, il s'agit de l'affaire *Hartog v. Colin & Shields*¹⁵¹⁹, dans cette affaire, le demandeur se plaignait du fait que le défendeur n'avait pas respecté son engagement de lui vendre 30000 peaux de lièvres argentins. Le défendeur affirmait ne pas être lié, car il s'était trompé en vendant les peaux à un prix au poids au lieu de la pièce, il précisait en outre que le demandeur était au courant de cette erreur et voulait frauduleusement en profiter. Il a été donné raison au défendeur considérant d'une part que le demandeur voulait tirer profit de manière frauduleuse de l'erreur du défendeur¹⁵²⁰, et d'autre part qu'il n'était pas d'usage¹⁵²¹ de

1516. Cass. Civ. 1^{re}, 26 janvier 1972 : D. 1972, 517 ; JCP 1972, II, 17065.

1517. En effet, le régime de l'erreur, ou *mistake*, se mêlera notamment avec celui de l'incertitude, des termes implicites, du dol, de la frustration, ou encore de l'illégalité.

1518. Ainsi en a-t-il été jugé dans *Smith v. Hughes* [1871] LR 6 QB 597, CA, cité par CARTWRIGHT J., *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Third edition, London : Sweet & Maxwell, 2012 (Contract law library), 879 p., n° 13-12 : « *Whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party.* ».

1519. *Hartog v. Colin & Shields*, [1939] 3 All ER 566.

1520. L'expression alors utilisée étant *snapping up* démontrant le caractère prédateur du comportement.

1521. Et d'ailleurs la négociation n'avait pas été effectuée au poids, mais à la pièce.

négocié au poids, mais à la pièce. Il n'y avait donc dans cette affaire aucune manœuvre opérée par le contractant pour tromper l'autre partie ¹⁵²², mais il se contentait de profiter de cette erreur.

589 En outre, au sein de cette notion sont opérées certaines distinctions. Quatre d'entre elles seront signalées ¹⁵²³ :

- Tout d'abord, l'erreur sur le contenu du contrat doit être distinguée de l'erreur portant sur les présomptions injustifiées, car non promises, ne trouvant pas leur source dans le contrat. Il est en réalité ici question de la distinction opérée en droit français entre l'erreur sur les qualités substantielles de la chose du contrat et celle sur les motifs de l'opération. Alors que la première erreur est réglée par la référence à la nécessité d'une correspondance entre l'offre et l'acceptation, la seconde est plus difficilement cernable ¹⁵²⁴ ;
- Ensuite sont distinguées les erreurs commises par l'une seule des parties de celles qui sont communes aux deux parties.

Concernant les erreurs unilatérales, deux types d'erreurs sont prises en considération :

- d'une part l'erreur sur l'identité du cocontractant, dont la qualification semble en réalité rejoindre celle du dol ou du moins de la tromperie. En effet, le Professeur EWAN MCKENDRICK ¹⁵²⁵, illustre cette situation par l'exemple où l'erreur de A est typiquement induite par la fausse présentation par laquelle B se fait passer pour C et où donc A croit contracter avec C. Dans un tel cas, il semble, même si la doctrine est divisée sur cette question, qu'il faille distinguer entre le contrat écrit et le contrat oral. En effet, lors d'une conclusion orale, où les contractants se sont rencontrés, il est jugé plus difficile que B se fasse passer pour C ¹⁵²⁶. Cependant, cette déduction n'est en réalité valable que si l'on prend en considération une notion étroite de l'identité, or dans la matière des contrats de consommation, le plus souvent la difficulté dépassera l'identité étroite et il sera le plus souvent nécessaire d'élargir la notion d'identité aux qualités, pouvoirs et capacité du professionnel ¹⁵²⁷. Or, prise sous cette définition, il serait possible pour un professionnel de tromper un consommateur sur son identité même en cas de rencontre physique.

En effet, les faits de l'espèce étaient les suivants, un homme s'était fait passer pour M. PATEL et avait donné des justificatifs d'identités (obtenus frauduleusement) au

1522. Ce qui excluait donc le dol.

1523. CHEN-WISHART M., *Contract law*, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, 678 p., p.242 sqq.

1524. Il a ainsi été jugé que l'erreur sur les motifs est sans influence sur la validité de la convention à moins que ces derniers ne soient une condition essentielle de cette dernière. Cass. civ. 3 août 1942 : DA 1943. 18 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2001 : Bull. civ. I, n° 31 ; JCP 2001. I. 330, n° 5 sq., obs. ROCHFELD ; Defrénois 2002. 476, note ROBINE ; RTD civ. 2001. 352, obs. MESTRE et FAGES ; Cass. com. 30 mai 2006 : CCC 2006, n° 224, note LEVENEUR.

1525. MCKENDRICK E., *Contract law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010. p. 527 sqq.

1526. En ce sens, *Shogun Finance Ltd. v. Hudson* [2003] UKHL 62 ; [2004] 1 AC 919.

1527. Voir n°s 320 sqq..

vendeur d'un véhicule dont il avait accepté l'achat par le biais d'un contrat de crédit-bail. La propriété du véhicule avait donc été transmise par le vendeur à la société de financement SHOGUN FINANCE LTD qui n'ayant jamais vu M. PATEL accorda la livraison du véhicule. Puis cette personne qui se faisait passer pour M. PATEL a vendu de manière privée le véhicule à M. HUDSON. La difficulté était que le contrat de crédit-bail ne donne le titre de propriété à l'acheteur que lorsque ce dernier a effectivement totalement payé le prix de l'objet, il ne pouvait donc en principe, selon l'adage *nemo dat quod non habet*, pas transférer de titre de propriété. Cependant, le contrat ayant été passé sous le régime du *Hire Purchase Act* de 1964, il était possible au débiteur du crédit-bail de vendre le bien objet du contrat si une telle vente était effectuée de bonne foi. Or, la société SHOGUN affirmait alors que la personne qui s'était fait passer pour M. PATEL ne pouvait pas être considérée comme étant le débiteur puisqu'ils avaient été victimes d'une erreur sur l'identité de l'acheteur. Cette erreur avait été acceptée par la chambre des Lords qui considérait que n'ayant jamais vu l'acheteur (le vendeur originaire n'étant pas un agent de la société de financement), il était possible pour la société de financement d'être victime d'une erreur quant à l'identité de l'autre partie, permettant ainsi d'annuler le contrat. En effet, le contrat de crédit avait un *intuitu personae* fort et le fait que la société de financement ait opéré une erreur sur l'identité de son cocontractant ne pouvait qu'être source de nullité. En outre, cette erreur se mêlait avec des questions de capacité. En effet, le cocontractant n'avait pas le pouvoir d'engager le réel M. PATEL, et de la même manière la société de vente du véhicule n'avait pas été mandatée de livrer le véhicule à une autre personne que le réel M. PATEL.

- Et d'autre part l'erreur sur l'objet du contrat. Tout d'abord, il convient de distinguer cette erreur de celle effectuée sur les termes du contrat. En effet, même si l'objet du contrat sera souvent retranscrit dans les termes de ce dernier, l'objet de l'erreur doit être précisément déterminé. Ainsi dans l'affaire *Smith v. Hughes* déjà citée¹⁵²⁸, le juge BLACKBURN opérait une distinction pour savoir si l'erreur était la croyance par le contractant que l'avoine était factuellement vieille, ou la croyance que le vendeur affirmait contractuellement qu'elle était vieille. Cette distinction étant importante, car si l'erreur portait sur les termes du contrat, il n'y aurait pas de consensus *ad idem* et donc pas de contrat possible. À l'inverse, une erreur sur l'objet du contrat ne mènerait en principe pas à sa nullité.

Ce raisonnement repose sur une théorie du risque. En effet, il est possible de considérer que contracter est une opération risquée et chaque contractant prend le risque de faire une erreur sur la substance du contrat. En outre, seuls le contrat ou la loi peuvent aménager cette répartition des risques et lorsqu'une clause contractuelle vient disposer d'une qualité de la chose objet du contrat, il s'agit en réalité d'une

1528. *Smith v. Hughes* [1871] LR 6 QB 597, CA at 608.

garantie (de conformité) faisant reposer le risque de la non-conformité de la chose du contrat sur celui qui a promis une telle qualité.

À l'inverse, en présence d'une erreur commune, doit se poser la question de savoir si le contrat allouait, expressément ou implicitement, la charge de l'imprévu à l'une des parties. En d'autres termes, en cas d'erreur commune, l'une des parties était-elle chargée de combler l'imprévu ? Si tel est le cas, alors le droit contractuel devra s'appliquer et la partie à laquelle était alloué le risque de l'erreur devra assumer ce risque et exécuter le contrat sous peine de se trouver poursuivie pour violation du contrat. Le parallèle est donc en réalité ici flagrant avec le régime français de l'aléa¹⁵²⁹ qui cependant devra être combiné notamment au principe général *caveat emptor* imposant à l'acheteur de se méfier de la matière achetée.

Si à l'inverse le contrat ne fixait pas la charge du risque, le régime de l'erreur serait alors applicable, et il doit être considéré que si les parties se sont accordées sur une obligation dont l'exécution est impossible, cette dernière n'a pas force contractuelle¹⁵³⁰. Ensuite, l'erreur doit être excusable, ainsi ne saurait se prévaloir de l'erreur, la partie qui aurait entretenu son erreur sur aucune base raisonnable¹⁵³¹. Enfin, outre le caractère commun, l'erreur devra être fondamentale et donc porter sur le cœur du contrat, en d'autres termes l'erreur devra être substantielle ;

- Une autre distinction est possible quant au résultat de l'erreur, certaines vont mener à l'annulation du contrat alors que d'autres non ;
- Enfin, la *common law* et l'équité imposent différents seuils.

Finalement, l'erreur pourra porter sur deux points : la substance de la chose du contrat (I), ou la personne du contractant (II).

I L'erreur sur la substance de la chose du contrat .

590 La substance doit être entendue tout à la fois comme la matière même dont la chose est composée, il s'agira alors d'une interprétation objective de la notion de substance, mais plus généralement les qualités substantielles de cette chose, sous une définition subjective de la notion de substance. Cela ouvre alors de manière exponentielle le champ d'application de l'erreur sur la substance. En effet, d'une part, les choses incorporelles peuvent désormais être prises en considération, mais aussi, et surtout, le nombre des hypothèses d'erreur sur la substance devient

1529. Cet aléa sera particulièrement exprimé lorsque sera imposée une condition à l'exécution du contrat reposant sur un précédent : *condition precedent*.

1530. *The Great Peace* [2002] EWCA Civ. 1407, [2003] Q.B. 679 at 73, cité par CARTWRIGHT J., *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Third edition, London : Sweet & Maxwell, 2012 (Contract law library), 879 p., n° 15-19 : « *The avoidance of a contract on the ground of common mistake results from a rule of law under which, if it transpires that one or both of the parties have agreed to do something which it is impossible to perform, no obligation arises out of that agreement* ».

1531. *Associated Japanese Bank (International) Ltd. v. Crédit du Nord SA* [1989] 1 WLR 255.

illimité¹⁵³². Cette double interprétation découle d'une évolution quant à la conception de l'erreur sur la substance. En effet, alors que le Code civil retenait originellement une conception étroite, celle-ci a progressivement été élargie. Cet élargissement doit cependant être considéré comme limité à la chose du contrat. En effet, l'erreur, même considérée de manière subjective, devra porter sur la chose du contrat. Ainsi, l'erreur sur les motifs de l'engagement ne saurait être retenue comme viciant un consentement¹⁵³³.

591 La *common law* connaît aussi cette distinction. En effet, elle distingue l'erreur commune sur la qualité ou sur les attributs¹⁵³⁴ qui en principe ne sont pas sources d'annulation du contrat, et celle sur la substance, l'essence ou les qualités essentielles¹⁵³⁵, qui elle, a pour effet d'annuler le contrat.

Cependant, le demandeur pourra être protégé par l'erreur sur les qualités de la chose si ces dernières sont garanties expressément ou implicitement par le contrat, la protection se rapprochant donc en réalité davantage de celle de garantie de conformité que de l'erreur du Code civil français.

592 En outre, le régime traditionnel de l'erreur sur la substance de la chose du contrat rejoint la position de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs. En effet, cette dernière prend en considération l'omission trompeuse d'informations substantielles. L'article sept de cette directive énonce donc qu'une « pratique commerciale est réputée trompeuse si, [...] elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement », l'alinéa deux de cet article poursuivant en élargissant la caractérisation aux fournitures de ces informations effectuées de manière « peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps », enfin les alinéas quatre et cinq dressent une liste des informations considérées comme substantielles lors d'une invitation à l'achat.¹⁵³⁶

1532. MALINVAUD PH., LASZLO-FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris : Lexis-Nexis, 2014, n° 173.

1533. Cass. civ. 1^{re}, Bull. civ. I, n° 242, RTD civ. 1990. 149, obs. BANDRAC ; D. 1991. Somm., obs. AYNÈS.

1534. *Mistake as to quality or attributes*.

1535. *Mistake as to substance, essence, or vital quality*.

1536. Dir. 2005/29/CE, art. 7

[...] 4. Lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes :

a) les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné ;

b) l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit ;

c) le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur ;

Bien sûr, la liste des informations ainsi dressée ne devra être considérée comme exhaustive uniquement dans le cadre de la directive duquel est exclu le droit des contrats. Il en découle ainsi que la constatation de l'erreur sur la substance restera à l'appréciation souveraine des juges du fond qui pourront cependant prendre appui sur cette liste pour motiver leurs décisions.

Parallèlement, l'aléa est lui aussi pris en considération à la fois par le droit contractuel et celui régi par la directive. En effet, alors que le Code civil régit par ses articles 1964 et suivants les contrats aléatoires, la directive répute déloyales les pratiques visant à diminuer la perception de l'aléa dans l'esprit du consommateur¹⁵³⁷.

593 Enfin, deux types d'appréciation peuvent être effectués de la substance. Il s'agit des appréciations *in concreto* et *in abstracto*. Et au même titre qu'il semble que la notion de substance à retenir soit la notion subjective¹⁵³⁸, il semble qu'en matière de contrat, l'appréciation doit rester *in concreto*¹⁵³⁹. En effet, le consentement est personnel, et il s'agit de savoir ce qu'aurait fait celui qui a contracté sans cette erreur sur la substance. Cela étant, deux critiques peuvent être apportées à cette solution, d'une part, la protection du consensualisme au détriment de la morale contractuelle sanctionnera celui qui de bonne foi a contracté avec un autre qui s'est trompé sur un élément secondaire du contrat qui serait considéré comme substantiel par lui. D'autre part, à l'inverse, la preuve, lors d'appréciation *in concreto*, est plus difficile à apporter et il sera difficilement justifiable de ne pas réagir à l'erreur sur une qualité qui de l'opinion commune serait substantielle.

II L'erreur sur la personne du cocontractant .

594 Ici encore le parallèle entre le régime traditionnel du droit de l'erreur et celui de la directive est flagrant. Alors que l'article 1110 du Code civil permet de prendre en compte l'erreur sur la

d) les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle ;

e) pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit.

5. Les informations qui sont prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II, sont réputées substantielles.

1537. Ainsi en est-il de la pratique n° 16 qui interdit d'affirmer « d'un produit qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard », ou encore de la pratique n° 31 qui « donne la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un avantage équivalent, alors que, en fait,

— soit, il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent ;

— soit, l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût. »

1538. En effet, bien que les deux notions soient acceptées par la jurisprudence et que parfois elles coïncideront dans leur résultat, les Hauts magistrats ont précisé, en cas de solutions divergentes, que l'erreur « doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature, que sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté ». Cass. civ., 28 janvier 1913 : S. 1913, 1, 487 ;

Similairement, Cass. com., 20 octobre 1970 : JCP 1971, II, 16916 obs. GHESTIN.

1539. Cass. civ., 23 novembre 1931 : D. 1932, 1, 129, note JOSSERAND.

personne du cocontractant lorsque la prise en considération de celle-ci est la cause principale de la convention, la directive prend en considération l'omission d'une information considérée comme substantielle que constitue « l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit »¹⁵⁴⁰.

595 Suivant un même raisonnement téléologique, les juges de Saint Denis de la Réunion avaient, déjà en 1989, considéré un contrat comme nul lorsqu'il apparaissait que l'une des parties avait l'intention de contracter avec une agence commerciale d'expérience, et non avec une personne physique¹⁵⁴¹.

Il apparaît alors qu'en l'espèce il s'agira davantage de sanctionner l'erreur sur les qualités substantielles de la personne que sur la personne elle-même. L'erreur sur la personne ne serait alors qu'une catégorie de l'erreur sur la substance. En effet, parfois les qualités de la personne du professionnel peuvent paraître consubstantielles à un engagement du consommateur. Ainsi, l'étude de l'article 7.4.b. montre quels sont les impacts d'une telle tromperie. Il apparaîtrait alors ici que le droit contractuel viendrait approfondir la protection, car se situant dans une relation d'engagement erroné, c'est-à-dire face à un comportement par rapport auquel le professionnel serait étranger.

596 Finalement, bien que la personne du cocontractant et la substance de la chose du contrat soient des motifs déterminants du consentement dont l'erreur est sanctionnée par la nullité du contrat, il importe de préciser que tous les motifs déterminants ne sont pas sanctionnés de telle sorte.

En effet, c'est ainsi que la Cour de cassation a tranché les divergences jurisprudentielles passées en affirmant que « l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant »¹⁵⁴².

§2 La violence.

597 La violence prise en considération par le Code civil est celle qui est « de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »¹⁵⁴³. En réalité, les notions de crainte et de violence semblent être utilisées comme synonymes, et ce sera tantôt la crainte d'une violence tantôt la violence créatrice de crainte qui viciera le consentement de la partie¹⁵⁴⁴. Cet entremêlement explique alors que les notions prises en considération soient différentes entre

1540. Dir. 2005/29/CE, art. 7.4.b.

1541. Saint Denis de la Réunion, 6 octobre 1989 : JCP 1990. II. 21504, note PUTMAN.

1542. Voir en ce sens : Cass. Civ 1^{re}, 13 février 2001, Bull. civ. I, n° 31, RTD civ. 2001. 352, obs. MESTRE et FAGES ; JCP 2001. I. 330, obs. ROCHFELD ; Defrénos 2002, art. 37521, note ROBIN ;

Cass. Civ. 3^e, 24 avril 2003, D. 2004, Jur. 450, note CHASSAGNARD ; JCP 2003. II. 10134, note WINTGEN.

1543. Code civil, art. 1112.

1544. Raisonnement par ailleurs retenu par CHAUVEL P., « Violence », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, janvier 2013 ;

la France et le droit québécois. En effet, alors que le Code civil français parle de violence impressionnante et inspiratrice de crainte, le Code civil du Québec parle de la crainte provoquée par la violence ou la menace¹⁵⁴⁵.

598 Tout comme l'agressivité prise en compte par la directive, la violence du Code civil sera le plus souvent morale, mais pourra tout autant être physique.

En effet, tant qu'aucun contact physique n'aura été effectué entre celui qui menace et la victime, la violence restera morale. Ainsi malgré une menace physique, de coups par exemple, la violence, faute d'exécution de la menace, reste morale.

Cette violence du Code civil vient en outre, assurer une protection parallèle du consommateur qui dispose également des voies pénales notamment du chantage de l'article 321-10 du Code pénal.

Cela étant, pour être prise en considération comme vice du consentement, la violence devra être qualifiée à l'aune de trois critères. Il faudra alors d'une part qu'il y ait menace (I), mais aussi que cette menace soit déterminante (II) et illégitime (III).

I Une menace

599 Cette menace, physique ou verbale¹⁵⁴⁶, sera celle qui est « de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et [...] peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent ».

L'objet de la menace peut alors être de trois ordres, physique, moral, ou pécuniaire.

Ce même article précise que pour apprécier la nature à faire impression, l'âge, le sexe, et la condition de la victime seront pris en considération. L'appréciation alors effectuée est mixte, elle sera *in abstracto* au visa de l'alinéa un de l'article 1112 et *in concreto* au visa de l'alinéa deux. De la même manière, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs est ambiguë. En effet, après avoir déclaré dans sa clause générale que les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle « le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée [...] en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement [...] sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe »¹⁵⁴⁷, elle situe l'appréciation du caractère agressif à l'égard du consommateur moyen¹⁵⁴⁸. La protection offerte par la théorie des vices du consentement serait alors plus étendue que celle de la directive.

ou encore FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, n° 216.

1545. Code civil du Québec, art. 1402 « La crainte d'un préjudice sérieux pouvant porter atteinte à la personne ou aux biens de l'une des parties vicie le consentement donné par elle, lorsque cette crainte est provoquée par la violence ou la menace de l'autre partie ou à sa connaissance ».

1546. Tel que l'indique l'article 9.b de la directive 2005/29/CE.

1547. Directive 2005/29/CE, art. 5.3.

1548. Directive 2005/29/CE, art. 8.

Cette situation s'explique par la différence entre les notions de violence prises en considération par ces deux droits. En effet, la vision européenne est plus large que celle du droit contractuel français. En outre, la matière contractuelle impose de se placer en considération des personnes contractantes et non comme le droit de la consommation européen en considération des consommateurs à protéger.

Enfin, comme il a été précisé auparavant, si la pratique ne pouvait pas être catégorisée de trompeuse au sens des articles huit et neuf, un retour à la règle générale de l'article cinq est possible ce qui permet de retenir une appréciation plus concrète de l'influence de la pratique sur la victime.

II Une menace déterminante .

600 La crainte à laquelle doit être exposée la victime doit être celle d'un « mal considérable et présent » affirme le Code civil.

Un mal considérable d'abord, pour être considéré comme un vice du consentement, la violence doit être déterminante de la décision de la victime. Il est ainsi possible de rapprocher la disposition civiliste de celle de la directive. En effet, et comme pris en considération par la directive, la pratique doit l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement. Ici encore, le droit américain est identique aux droits européens ou civils. En effet, selon le *Restatement of Contract* proposé par l'*ALI*, lorsque l'expression d'un consentement est induite par une menace illégitime provenant de l'autre partie, et que cette menace ne laisse à la victime aucune alternative raisonnable autre que de contracter, le contrat peut être annulé par la victime ¹⁵⁴⁹.

601 La directive va cependant plus loin en prenant en considération la susceptibilité d'engendrer une décision commerciale. Cette différence de prise en compte s'explique encore par la différence des champs d'application des dispositions civilistes et de droit de la consommation. En effet, alors que le droit contractuel ne s'intéresse qu'aux contrats conclus, le droit européen est relatif aux pratiques commerciales ayant lieu « avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit » ¹⁵⁵⁰.

Concernant le caractère présent du mal, celui-ci est cependant plus critiquable. Une nuance doit à ce titre être apportée, ce n'est pas le mal, mais la violence qui revêtira ce caractère présent. Le mal lui, pourra être présent, mais aussi futur.

Enfin, la menace pour être déterminante pourra porter sur le cocontractant évidemment, mais aussi sur son époux ou épouse, ses ascendants et descendants ¹⁵⁵¹. La disposition civiliste

1549. Voir *Restatement, Second, Contracts*, §175(1);

L'on voit ainsi la présence de trois critères que sont la menace, l'illégitimité de cette dernière et enfin son caractère déterminant ;

Cela étant le *Restatement* affirme également (2) que lorsqu'un tel type de violence sera l'œuvre d'un tiers au contrat la demande de nullité par la victime ne sera possible qu'en l'absence de bonne foi du cocontractant.

1550. Directive 2005/29/CE, art.3.1.

1551. Code civil, art. 1114.

est alors loin de l'élargissement offert par la directive qui considère comme violente la pratique qui trouverait application dans l'information du consommateur « que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du professionnel seront menacés »¹⁵⁵².

III Une menace illégitime .

602 Enfin, la menace doit être illégitime. L'idée ici poursuivie est identique à celle présente lors de l'étude de l'*intimidation tort* selon laquelle la menace serait neutre et que le caractère blâmable résiderait dans l'illégitimité de cette dernière¹⁵⁵³. La difficulté réside alors dans la détermination de ce caractère illégitime. Ce dernier peut résulter soit des moyens utilisés soit du but poursuivi.

603 Les infractions pénales seront toujours des moyens illégitimes. Ainsi, en est-il par exemple du harcèlement¹⁵⁵⁴. À l'inverse, les menaces de voies de droit sont en principe légitimes. En effet, ces dernières ne constitueront une violence que si elles sont utilisées de manière abusive, le but poursuivi par l'utilisation de la menace de voie de droit étant détourné pour obtenir de la victime qu'elle s'engage par la convention¹⁵⁵⁵.

La légitimité de la menace de l'utilisation de la voie de droit sera alors étudiée à l'aune de deux critères. Le premier étant la légitimité des moyens employés. En effet, celles-ci ne devront être ni abusives, ni imaginaires, mais réellement ouvertes. Il s'agira alors notamment de protéger le consommateur des pratiques visant à le tromper sur la précarité de sa situation quant aux voies de droits pouvant être utilisées contre lui. Le second est la légitimité du but poursuivi, la jurisprudence affirmant alors qu'il y a menace illégitime d'une voie de droit et donc violence, « s'il y a abus de ce procédé soit en le détournant de son but, soit en en usant pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif »¹⁵⁵⁶.

Ces deux critères étant par ailleurs repris par l'avant-projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie¹⁵⁵⁷.

604 Finalement, il est intéressant de préciser que l'auteur de la violence n'aura pas à être le cocontractant. En effet, l'article 1111 du Code civil dispose que « la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ». Cette disposition montre alors qu'il est préféré une protection de l'intérêt psychologique de la victime de violence, à celle de

1552. Directive 2005/29/CE, Annexe I, pratique n° 30.

1553. Voir *supra*, p. 124 sqq..

1554. Cass. Soc. 30 novembre 2004 : Bull. civ. V, n° 303 ; D. 2005. IR. 14 ; RDC 2005. 378, obs. RADÉ.

1555. Cass. civ. 3^e, 17 janvier 1984 : Bull. civ. III, n° 13.

1556. Cass. req., 6 avril 1903 : S. 1904, 1, 505, note NAQUET.

1557. Article 1140 : « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif ».

la morale contractuelle. En effet ici, si l'on se situe dans une relation entre un consommateur et un professionnel telle qu'encadrée par la directive, il ne sera pas nécessaire que le professionnel soit à l'origine de la violence pour que la nullité du contrat soit engagée. La solution alors acceptée est l'inverse de celle du dol qui nécessite que celui-ci soit l'œuvre du cocontractant.

Ainsi, la violence alors entendue rejoint le mécanisme de la *duress*. En effet, il s'agit par ce dernier de lutter contre les violences faites aux contractants, étant précisé que la menace peut être une forme de violence. Ainsi, à l'instar du droit civil, la menace de heurter une autre partie, la femme, l'enfant, ou un proche du cocontractant sera constitutive de violence envers ce dernier.

605 Enfin, l'illégitimité de l'exploitation d'une situation de dépendance économique doit être sanctionnée, et de manière générale, les Hauts magistrats ont affirmé que « la contrainte économique se rattache à la violence »¹⁵⁵⁸ et que « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne peut vicier de violence le consentement »¹⁵⁵⁹. Cette situation de dépendance, en outre par définition, ne pourra pas être retenue lorsque le consommateur disposera d'une alternative pouvant le faire échapper à l'état de dépendance¹⁵⁶⁰.

Cette position est en outre reprise par les travaux de la Commission LANDO qui prévoit en l'article 4 :109 des *Principes* que « (1) une partie peut provoquer la nullité du contrat si, lors de la conclusion du contrat, (a) elle était dans un état de dépendance à l'égard de l'autre partie ou une relation de confiance avec elle, en état de détresse économique ou de besoins urgents, ou était imprévoyante, ignorante, inexpérimentée ou inapte à la négociation, (b) alors que l'autre partie en avait ou aurait dû en avoir connaissance et que, étant données les circonstances et le but du contrat, elle a pris avantage de la situation de la première avec une déloyauté évidente ou en a retiré un profit excessif » ; mais également par l'avant-projet CATALA qui propose un article 1114-3 qui dispose qu'« il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de

1558. Cass. Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 169, JCP 2001. II. 10461, note LOISEAU, RTD civ. 2000. 827, obs. MESTRE et FAGES, et 863, obs. GAUTIER, Defrénois 2000, ort. 37237, n° 68, obs. DELEBECQUE, D. 2000. 879, note CHAZAL.

1559. Cass. Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 00-12.932, Bull. civ. I, n° 108 ; D. 2002. 1860, note GRIDEL ; D. 2002. 1860, note CHAZAL ; D. 2002. Somm. 2844, obs. MAZEAUD ; RTD civ. 2002. 502, obs. MESTRE et FAGES ; Defrénois 2002, art. 37607, n° 65, obs. SAVAUX ; CCE 2002, n° 80, obs. CARON, et n° 89, obs. STOFFEL-MUNCK ; Gaz. Pal. 2003. 444, note ROVINSKI ; Cass. Com. 3 octobre 2006, n° 04-13.987, CCC 2007. Comm. 27, obs. MALAURIE-VIGNAL ; CA Paris, 16 février 2010, RG n° 09/12380 ;

Cités par CHAUVEL P., « Violence », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, janvier 2013.

1560. Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, Bull. civ. I, n° 90 ; D. 2005. 1828, note MAZEAUD ; RTD civ. 2004. 749, obs. GAUTIER ; RTD civ. 2005. 126, obs. MESTRE et FAGES ; RDC 2005. 275, obs. STOFFEL-MUNCK ; Dr. et patr. nov. 2004. 81, obs. CHAUVEL.

la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique »¹⁵⁶¹.

Enfin, consacrant cette position, l'avant-projet de réforme du droit des obligations du Ministère de la Justice élargit la violence à l'abus de l'état de nécessité ou de dépendance¹⁵⁶², mais ne prend pas encore en considération l'influence injustifiée plus large et donc plus protectrice soutenue par la directive¹⁵⁶³.

En outre, la définition de l'influence injustifiée retenue par la directive, à savoir « l'utilisation d'une position de force vis-à-vis du consommateur de manière à faire pression sur celui-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative », rejoint celle retenue par les Cours anglaises selon lesquelles il y aurait influence injustifiée dans les cas de contrainte, domination, victimisation et toutes autres techniques insidieuses de persuasion¹⁵⁶⁴.

606 Cela étant, l'une des limites à l'application de ce mécanisme est la nécessité d'une situation d'influence entre les parties, alors certaines catégories de relations augmentent le risque d'influence injustifiée, il s'agira notamment des relations familiales, des relations entre administrateur et bénéficiaire, avocat et client, docteur et patient, protégé et protecteur¹⁵⁶⁵, ou encore futur mari et fiancée. Mais plus récemment, la jurisprudence a considéré qu'une influence injustifiée était possible lors de relations « spéciales »¹⁵⁶⁶. Cela étant, ce caractère « spécial » n'est pas clair et est utilisé lors de relations de confiance, de secret, d'avis, ou encore où une influence dominante existe¹⁵⁶⁷.

607 Un autre mécanisme vient alors renforcer le premier lorsque cette situation d'influence n'existe pas. Il s'agit du mécanisme des *unconscionable bargains*. L'application de ce dernier repose sur quatre points, tout d'abord, il est nécessaire que le demandeur soit dans une situation de défaillance quant à ses capacités de négociation qui représentait pour lui un sérieux désavantage profitant à l'autre partie¹⁵⁶⁸, ensuite, l'autre partie devra avoir profité de cette faiblesse de manière coupable, plaçant ainsi le demandeur dans une transaction défavorable, et enfin que le demandeur ait manqué d'un conseil adéquat.

1561. CATALA P. et France, Ministère de la Justice, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Paris : La Documentation française, septembre 2005, 208 p.

1562. Article 50.

1563. Directive 2005/29/CE, art. 8.

1564. *Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge* (n° 2) [2002] 2 AC 773 ; [2001] 3 WLR 1021, HL.

1565. Il s'agira notamment des relations entre le mineur protégé et son tuteur, mais aussi des relations de tutelles, curatelles... , les notions utilisées étant *guardian* et *ward*.

1566. Voir not. *Geffen v. Goodman Estate* [1991], 81 DLR (4th) 221 (SCC).

1567. FRIDMAN G. H. L., *The law of contract in Canada*, 3rd ed, Toronto : Carswell, 1994, 853 p., p. 322 sqq.

1568. Il s'agira par exemple d'illettrisme, d'infirmité mentale ou physique, mais aussi d'état d'ébriété ou d'ins-truction défaillante.

608 Finalement, il convient de souligner que le Code de la consommation, qui faisait reposer la définition des clauses abusives sur la notion « d'abus de puissance économique »¹⁵⁶⁹, après avoir sanctionné l'abus de faiblesse ou d'ignorance¹⁵⁷⁰, dispose en l'article L.122-15 que le contrat qui aurait été conclu en présence de pratiques commerciales agressives est « nul et de nul effet »¹⁵⁷¹. Cette prise en considération de l'agressivité, pouvant être assimilée à la violence de droit civil, comme source automatique de nullité est d'autant plus à souligner que son équivalent n'existe ni pour l'erreur ni, plus surprenant encore, pour le dol. Il semblerait alors que le législateur français se trouve dans une situation médiane entre la protection élargie de la loyauté de droit civil et le libéralisme assumé notamment des droits anglo-américains pour qui aussi, si l'agressivité doit toujours être sanctionnée, la tromperie peut être excusée¹⁵⁷².

Il conviendra cependant ici de rappeler que cet article ne sanctionnera par la nullité du contrat que les pratiques commerciales agressives qui auront abouti à la conclusion de ce dernier.

L'agressivité alors considérée sera limitée à celle ayant été pratiquée avant et jusqu'à la conclusion du contrat. À l'inverse, une pratique commerciale aggressive qui aurait eu lieu après cette conclusion ne serait pas une cause de nullité de la convention qu'elle impacterait, ce qui ne permet donc pas d'élargir le champ d'appréhension de la violence de droit civil et un retour aux dispositions de responsabilité civile délictuelle ou de droit pénal sera alors nécessaire.

§3 Le dol.

609 Le dol, en tant que vice du consentement, est encadré par l'article 1116 du Code civil. Cela étant, ce dernier ne le définit pas et le présente simplement comme une manœuvre sans laquelle l'autre partie n'aurait pas contracté¹⁵⁷³.

Il s'agit alors d'encadrer les manœuvres propres à surprendre le consentement de l'autre partie, il s'agit alors, à l'inverse de l'erreur qui est spontanée, de sanctionner les comportements qui ont pour effet de provoquer cette erreur. Il en découle qu'erreur et dol ne sont pas

1569. TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., *Droit civil les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 248.

1570. Art. L.122-8 à L.122-9.

1571. Article en sa rédaction issu de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, art. 39, III.

1572. Voir également le développement de M. le Professeur G. CHANTEPIE, in TERRY E. et VOINOT D. (dirs.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales évolution et perspectives*, Bruxelles : Larcier, 2012. p. 89 et sq..

1573. Code civil, art. 1116 :

« Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

fondamentalement distincts, le dol étant en réalité une sous-catégorie de l'erreur qu'est l'erreur induite¹⁵⁷⁴ ; ou autrement analysé, il est la cause de l'erreur vice du consentement¹⁵⁷⁵.

610 Ainsi, le dol offre trois intérêts par rapport à l'erreur spontanée. Tout d'abord, il sera souvent plus facile à démontrer que l'erreur. En effet, découlant de manœuvres, ces dernières sont plus flagrantes que l'état d'esprit interne de l'*errans* devant être démontré lors de l'invocation de l'erreur.

Ensuite, l'élément moral du dol, permet d'appréhender un domaine plus large, ainsi l'erreur sur la valeur, ou sur les motifs individuels déterminants pourront être pris en considération lors de manœuvres dolosives.

Enfin, quant à ses effets, car si le dol comme l'erreur peuvent engendrer la nullité de la convention qu'ils touchent, le dol pourra quant à lui est créateur de responsabilité délictuelle de son auteur.

611 Reste alors à se demander sur quelle mesure l'indemnisation devra être fondée. En effet, si après avoir employé une pratique commerciale trompeuse, le professionnel obtient l'engagement du consommateur¹⁵⁷⁶ dans un contrat dans lequel le dol est démontré, le consommateur aura deux voies d'action, la première sur le fondement du contrat devrait mener à un retour à la situation précontractuelle, mais au-delà, l'indemnisation devrait mettre le consommateur dans la situation qui aurait été la sienne si la déclaration avait été vraie. À l'inverse, la solution délictuelle devrait permettre au consommateur d'obtenir compensation de la perte dont il aura souffert.

À ce titre, JOHN CARTWRIGHT¹⁵⁷⁸ offre une illustration éclairante. Si A en vendant une voiture à B représente faussement l'âge du véhicule comme ayant deux ans alors qu'il en a cinq. B paie 5000£ pour la voiture qu'il croit valoir 5500 (selon les prix du marché d'un véhicule de deux ans) alors qu'en réalité le véhicule ayant cinq ans en vaut 3500. Selon un raisonnement contractuel, B aurait du fait des déclarations subi un préjudice d'une hauteur de 2000£, car il aurait dû avoir un véhicule valant 5500£, mais en réalité a obtenu un véhicule n'en valant que

1574. CARTWRIGHT J., *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Third edition, London : Sweet & Maxwell, 2012 (Contract law library), 879 p., n° 1-03, propose la même réflexion en basant son étude sur les concepts identiques de *misrepresentation* et de *mistake*.

1575. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations*. 1 L'acte juridique, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, n° 211.

1576. Dès lors, il est possible de préciser que toutes les pratiques commerciales trompeuses ne seront pas considérées comme constitutives de dol.

En effet, alors que la pratique commerciale trompeuse est celle qui trompe ou est susceptible de tromper le consommateur, le dol nécessite une tromperie effective. Le droit américain considère en ce sens qu'une présentation trompeuse rend un contrat annulable si le consentement de la victime a été induit par la présentation matériellement ou frauduleusement trompeuse effectuée par l'autre partie au contrat¹⁵⁷⁷.

En ce sens MAZEAUD D., « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », in J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XX^e congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice*, Paris : Éditions Cujas, 2012 (Actes & Études), p. 101-111.

1578. CARTWRIGHT J., *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Third edition, London : Sweet & Maxwell, 2012 (Contract law library), 879 p. n° 2-10.

3500. À l'inverse, d'un point de vue délictuel, son préjudice serait de 1500£ puisque sur les déclarations du professionnel, il aurait payé 5000£ un véhicule n'en valant que 3500.

Maintenant, si lors de cette même opération, la valeur commerciale du véhicule tel que déclaré (c'est-à-dire de deux ans), était de 4500£, le préjudice délictuel serait toujours de 1500£ puisque la valeur du véhicule tel qu'il aurait dû être n'est pas prise en considération, à l'inverse, la solution contractuelle diffère du premier cas, car en réalité le contractant aura été trompé à hauteur de 1000£, qui correspond à la différence entre la valeur qui lui a été déclarée être celle du véhicule (4500£) et celle qui était en réalité celle du véhicule obtenu (3500£).

Il en ressort que le calcul d'indemnisation diffère de la base choisie. En effet, alors que l'indemnisation contractuelle prend en considération les valeurs pensées et réelles, la décision délictuelle ne se soucie pas de l'idée du consommateur et prend en considération les valeurs réelles et payées. La sanction délictuelle présente alors un caractère davantage indemnitaire, alors que celle issue du droit contractuel est davantage restitutive en ce sens qu'elle permet de restituer au consommateur la différence entre ce qu'il pensait être la valeur du bien et ce qui en réalité était la sienne.

I Une manœuvre déloyale .

612 Cela étant, ce surplus de protection ne pourra être exercé qu'en présence de manœuvres, en outre, toutes les manœuvres ne doivent pas être prises en considération. Ainsi, la violence par exemple est une manœuvre qui, comme démontré auparavant, peut surprendre le consentement. Or, ce n'est pas être dolosif que d'être violent. Ainsi, des méthodes de vente agressives ou un démarchage trop insistant sans autres manœuvres ne sauraient être considérés comme dolosifs ¹⁵⁷⁹.

En effet, le dol impose une idée de tromperie, de ruse. Il peut en ce sens être défini comme la « manœuvre frauduleuse ayant pour objet de tromper l'une des parties à un acte juridique en vue d'obtenir son consentement » ¹⁵⁸⁰.

Il est alors traditionnellement fait appel à l'exemple, cité par CICÉRON, de la mise en scène par PYTHIUS dans l'objectif de vendre une villa à CANNIUS, d'une pêche extraordinaire sur le lac qui bordait cette dernière. En d'autres termes, le dol, sera la manifestation d'une sorte d'escroquerie, lors de la formation du contrat, il s'apparente donc grandement aux pratiques commerciales déloyales de la directive 2005/29/CE à ceci près que cette dernière ne restreint pas son champ d'application à la seule formation des contrats.

Ce concept de manœuvres, bien que ne se retrouvant pas dans le droit anglais, qui lui préfère l'idée de « *statement* » est en réalité partagé entre les deux droits. En effet, certains comportements, tels qu'un clin d'œil peuvent être constitutifs de *misrepresentation* de droit anglais ¹⁵⁸¹.

1579. Cass. Com. 2 juin 1981 : Bull. civ. IV, n° 259 ;

Paris, 5 septembre 2001 : CCC 2002, n° 86, note RAYMOND.

1580. GUILLIEN R., VINCENT J., GUINCHARD S. et MONTAGNIER G., Lexique des termes juridiques, Paris : Dalloz, 2004.

1581. *Walters v. Morgan* [1861] 3 De G.F. & J. 718 at 724, 45 E.R. 1056 at 1059.

613 En outre, les manœuvres pour leur part, doivent être déloyales.

Ainsi le dol peut être, tout comme les pratiques commerciales déloyales de la directive, exercé par action, ou par omission¹⁵⁸². La réticence dolosive est ainsi prise en considération par les magistrats en charge de la cause.

Encore une fois, CICÉRON, offre un exemple éclairant de la philosophie du dol. En effet, lorsqu'un marchand qui savait qu'une famine sévissait à Rhodes, s'y rendait pour y vendre du blé à prix très élevé, n'avait pas précisé aux acheteurs qu'un navire plein de froment arrivait, ce dernier avait alors commis une habileté moralement répréhensible, mais juridiquement irréprochable. En effet, l'obligation d'information n'existait alors pas, mais la protection de la morale à par la suite obligé le législateur à intervenir, c'est ainsi qu'il a imposé une obligation de renseignements qui, si elle n'est pas respectée peut être considérée comme une réticence dolosive¹⁵⁸³.

Ainsi, si le respect des prescriptions légales qui détaillent avec précision les obligations de renseignement exclut la rétention de la réticence dolosive¹⁵⁸⁴, la jurisprudence est venue procéder à un renversement de la charge de la preuve du dol en faveur des consommateurs, considérant que le professionnel qui s'était vu imposer une obligation d'information devait prouver son exécution¹⁵⁸⁵.

614 Cette directive d'harmonisation maximale, bien que précisant dans son préambule qu'elle ne préjudicie pas le droit des contrats, pourra, par le biais de ses dispositions, notamment concernant les pratiques commerciales trompeuses, mais aussi celles concernant les pratiques commerciales agressives, car il a été étudié que la distinction n'est pas ferme, être source d'appréciation de manœuvres dolosives. En effet, les pratiques prises en considération par la directive, sont par définition, des manœuvres illégales d'une part du fait de la directive, mais surtout illégales car contraires à la diligence professionnelle (qui a été définie comme un substrat de la bonne foi ou de l'honnêteté dans les pratiques de marché) et qui altèrent ou sont susceptibles d'altérer le comportement économique du consommateur moyen¹⁵⁸⁶.

Bien évidemment, les comportements prohibés par la directive ne devront pas être considérés comme exhaustifs dans la détermination du dol, mais ceux-ci pourront, semble-t-il, être considérés comme dolosifs s'ils revêtent les caractères jurisprudentiels du dol issus de la lecture de l'article 1116 du Code civil.

615 À l'inverse du droit français, le droit anglais situe la négociation contractuelle dans une posi-

1582. Cass. Civ. 3^e, 15 janvier 1971 : Bull. civ. III, n° 38 ; RTD civ. 1971. 839, obs. LOUSSOUARN.

1583. Pour une étude de l'obligation d'information, voir p. 368 sqq..

1584. Cass. Civ. 1^{re}, 14 juin 1989 : D. 1989. Somm. 338, obs. AUBERT ; JCP 1991. II. 21632, note VIRASSAMY ; Cass. Com. 20 mars 2007, n° 05-21.922, JCP E 2007. 21819 ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 octobre 2008, n° 07-12.147, Bull. civ. I, n° 232 ; JCP E 2008. 2398.

1585. Cass Civ. 1^{re}, 15 mai 2002, n° 99-21.521, Bull. civ. I, n° 132 ; RTD civ. 2003. 84, obs. MESTRE et FAGES ; JCP 2002. I. 184, obs. LABARTHE ; CCC 2002. Comm. 135, obs. LEVENEUR ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 octobre 2009, n° 08-14.405 ;

Cités par CHAUVEL P., « Dol », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, Avril 2015.

1586. Directive 2005/29/CE, art. 5.

tion de concurrence, c'est pourquoi elle n'impose aucun devoir de bonne foi. Cela étant, le droit contractuel interdit tout de même aux parties d'effectuer des déclarations fausses¹⁵⁸⁷ destinées à induire l'accord de l'autre partie. En d'autres termes, lorsqu'une partie aura frauduleusement poussé une autre à entrer en relation contractuelle avec elle, dans des circonstances donnant à la dernière le droit d'agir pour *deceit*, la partie trompée pourra alternativement agir en nullité de la transaction¹⁵⁸⁸.

Deux situations sont donc appréhendables ici :

- soit la représentation fausse n'était pas effectuée dans le but de pousser l'autre partie à contracter avec la personne qui l'aurait trompé, mais pour qu'il entre en relation contractuelle avec un tiers, dans quel cas, il y aurait retour à la responsabilité délictuelle pour représentation fausse, frauduleuse ou négligente ;
- soit, la volonté était que le trompé contracte avec le trompeur, dans quel cas, le trompé peut avoir recours au régime plus avantageux du *Misrepresentation Act* de 1967.

Dans ce dernier cas, trois situations sont encore possibles :

- soit, le mensonge portait sur un des termes du contrat, une des promesses du trompeur dans quel cas le trompé pourra agir pour violation contractuelle¹⁵⁸⁹. Une telle action lui permettra soit d'obtenir l'exécution de la promesse faite par le promettant, soit d'obtenir une indemnisation lui permettant d'être dans la situation dans laquelle il aurait dû être si le contrat avait été exécuté. Enfin, il pourra mettre fin au contrat¹⁵⁹⁰ si la violation était suffisamment sérieuse. La différence entre la promesse et la représentation est alors ici mise en exergue. En effet, alors que la représentation n'est pas un engagement, la promesse, elle, est un engagement de faire, ou de ne pas faire quelque chose, en ce sens, elle ne sera en principe sanctionnée, si non respectée, que sur le fondement du droit contractuel¹⁵⁹¹ ;
- soit le mensonge est extérieur au contrat, le trompé peut agir sous le visa du *Misrepresentation Act*, et obtenir l'annulation du contrat¹⁵⁹² et/ou l'obtention d'une indemnisation lui permettant de retourner à la situation dans laquelle il aurait été s'il ne s'était pas fié à la présentation fausse. Cette situation est alors la plus proche du dol reconnu en droit français, car le mensonge ne porte pas sur l'un des termes du contrat entendu comme une promesse, mais sur un état de fait, en outre les solutions sont grandement comparables à celles retenues par le droit contractuel français.

Il apparaît alors que la différenciation entre la représentation et la violation d'un des termes du contrat est primordiale. En effet, alors que la violation d'un des termes en-

1587. Ou *misrepresentation*.

1588. CALAMARI J.D., *The law of contracts*, 4th ed, St. Paul, Minn : West Group, 1998 (Hornbook series), 955 p. nos 9.13 sqq.

1589. Ou *breach of contract*.

1590. *termination*

1591. FRIDMAN G. H. L., *The law of contract in Canada*, 3rd ed, Toronto : Carswell, 1994, 853 p.

1592. *rescission*

gagera principalement les mécanismes traditionnels de responsabilité contractuelle imposant une exécution forcée et/ou une indemnisation, la représentation fausse permettra l'annulation du contrat en ne nécessitant pas que la violation soit sérieuse. En effet, le régime est bien différent entre l'annulation pour cause de représentation fausse et l'anéantissement *de futuro* issu de la violation du contrat.

Cela étant, la difficulté apparaissait lorsque la présentation fausse était incluse dans le contrat, il y avait en principe retour au régime du mensonge portant sur l'un des termes du contrat qui, il l'a été démontré, est moins protecteur du trompé. C'est pourquoi le *Misrepresentation Act* a offert au trompé la possibilité de choix entre les deux protections. Bien sûr cette possibilité se devait d'être encadrée pour éviter que le contrat soit annulé pour des raisons peu importantes et ce même texte a permis aux Cours de statuer en la matière en équité. Ainsi en définitive et en pratique, la distinction entre la représentation et la promesse du contrat a été réduite à peau de chagrin par le *Misrepresentation Act*.

Néanmoins, pour être actionnable, la présentation extérieure au contrat doit ne pas être ambiguë. En effet, l'ambiguïté retire en général la possibilité de se prévaloir du régime de la *misrepresentation*, sauf dans le cas où cette dernière est utilisée pour convaincre une personne d'un fait qui serait faux et que le déclarant connaît comme faux et que la personne à qui la déclaration était effectuée pouvait raisonnablement croire.

Ensuite, cette déclaration doit être fausse et porter sur un fait¹⁵⁹³ existant. Cette solution est plus restrictive que la directive relative aux pratiques commerciales déloyales qui prend aussi en considération les déclarations ambiguës ou de nature à induire en erreur. Mais cette restriction, identique à celle opérée en France, s'explique par la matière. En effet, le contrat nécessite une situation particulièrement sécurisée et se situe entre deux (ou plusieurs) parties, il est donc nécessaire que la violation ait un impact réel sur l'une des parties pour qu'elle puisse porter atteinte au contrat.

Enfin, il n'y a pas d'obligation générale d'information, ainsi la représentation fausse doit être active et le silence est en principe permis, et ce, même s'il porte sur un fait important au sujet duquel la partie gardant le silence sait ou suspecte que l'autre partie l'ignore¹⁵⁹⁴. Cela étant, il est manifeste que l'expression alors employée est

1593. entendu au sens large, il peut en effet s'agir d'un fait *stricto sensu*, d'une intention : *Edgington v. Fitzmaurice* [1885] 29 Ch. D 459 ;

d'une opinion : *Esso Petroleum Ltd. v. Mardon* [1976] QB 801 ;

ou encore d'un droit : voir *Brennan v. Blt Burden* [2004] EWCA Civ. 1017 ; [2005] QB 303.

1594. En ce sens, *Smith v. Hughes* [1870-1871] LR 6 QB 597 CA : « *if the vendor was aware that the purchaser thought that the article possessed that quality, and would not have entered into the contract unless he had so thought, still the purchaser is bound, ... a mere abstinence from disabusing the purchaser of that impression is not a fraud or deceit ; for, whatever may be the case in a court of morals, there is no legal obligation on the vendor to inform the purchaser that he is under a mistake, not induced by the act of the vendor.* », cité par CHEN-WISHART M., *Contract law*, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, 678 p.

« *mere silence* », ou simple silence, et cet adjectif simple importe en réalité une distinction. Autrement dit, là où il y aura plus qu'un simple silence, il devra être considéré qu'il y aura présentation de fait. En outre, comme la présentation ne nécessite pas en droit anglais de déclaration, une multitude de comportements pourront être pris en considération¹⁵⁹⁵. Ainsi notamment, des déclarations littéralement vraies cachant d'autres faits peuvent être considérées comme trompeuses¹⁵⁹⁶ ;

— enfin, s'il s'agit d'une simple exagération¹⁵⁹⁷ il n'y aura aucun effet légal¹⁵⁹⁸.

Enfin, il convient de préciser que l'annulation du contrat sera doublement limitée. En effet, d'une part, il s'agira de lutter uniquement contre les représentations fausses de faits et d'autre part, elle se trouvera confrontée aux "*bars*" to *rescission*.

616 Concernant les présentations de fait, il est généralement affirmé que pour être actionnable, la présentation trompeuse doit porter sur un fait présent, ce dernier étant mis en concurrence avec le « discours commercial », l'opinion, le droit, le fait futur ou encore l'intention¹⁵⁹⁹.

— Le « discours commercial » tout d'abord, ou « *sales talk* », consiste en des déclarations faites durant la négociation contractuelle devant être considérées comme des exagérations et ne devant donc pas être prises au sérieux ; étant précisé que l'appréciation des juges quant au caractère exagéré des déclarations se fera selon une prise en considération d'une personne raisonnable¹⁶⁰⁰.

Il s'agit en réalité ici d'exclure ce que les Romains appelaient le *bonus dolus* procédant de l'idée que « chaque individu est tenu d'un devoir de s'informer qui devrait le conduire à ne pas faire montre d'une trop grande naïveté à l'égard des affirmations de son partenaire »¹⁶⁰¹.

— En ce sens de description hyperbolique d'un produit ou service, la notion de « discours commercial » se trouve donc relativement proche de celle d'opinion. Cela étant, ici l'exagération n'est pas requise. En effet, selon le TLFi, l'opinion est « une manière de penser sur un sujet ou un ensemble de sujets, [un] jugement personnel que l'on porte sur une question,

1595. MCKENDRICK E., *Contract law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010. p. 593 sqq.

1596. *Notts Patent Brike and Tile Co. v. Butler* [1886] 16 QBD 778, où l'acheteur d'un terrain avait demandé au vendeur si ledit terrain faisait l'objet de clauses restrictives, question à laquelle le vendeur avait répondu qu'à sa connaissance non, sans préciser qu'il n'avait jamais cherché à savoir si tel était le cas.

1597. *puff*.

1598. Voir not. n° 373.

1599. CARTWRIGHT J., *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Third edition, London : Sweet & Maxwell, 2012 (Contract law library), 879 p., nos 3-13 sqq..

1600. *De Beers Abrasive Products Ltd. v. International General Electric Co. of New York Ltd* [1975] 1 W.L.R. 972 at 978, citée par CARTWRIGHT J., « *In the kind of situation where one expects, as a matter of ordinary common experience, a person to use a certain amount of hyperbole in the description of goods, property or services, the courts will do what any ordinary reasonable would do, namely, take it with a large pinch of salt. [The test is] whether a reasonable man would take the claim as being a serious claim or not* ».

1601. TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., *Droit civil les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 232.

qui n'implique pas que ce jugement soit obligatoirement juste ». Cette opinion pourra donc être hyperbolique, mais ne le sera pas dans toutes les circonstances.

Cela étant, d'autres difficultés peuvent se présenter face à de telles déclarations. Tout d'abord, la distinction entre une déclaration d'opinion et celle de fait ne sera pas toujours aisée pour le consommateur, la qualification devra alors être soit imposée par le professionnel, par l'emploi d'expressions telles que « je pense que... » ; soit par elle-même, ce sera notamment le cas lors de déclarations sur des sujets par essence incertains.

Ensuite, une déclaration d'opinion peut induire une déclaration de fait, par exemple, si un professionnel, à titre de conseil, affirme à un consommateur que s'il n'achète pas un produit, par exemple une alarme de sécurité, lui ou sa famille, compte tenu de la situation, seront particulièrement susceptibles d'être victimes de méfaits, le professionnel ne fera *a priori* qu'une déclaration d'opinion, mais cette déclaration, si elle repose sur des faits factuellement faux (si en l'espèce, la situation n'est pas aussi risquée que le présente le professionnel), il s'agira au consommateur de faire le tri entre les informations présentées par le professionnel. Ainsi, outre le fait qu'une telle pratique sera sanctionnée par le droit issu de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs¹⁶⁰², il s'agira aux magistrats de se demander ce que devait comprendre le consommateur lors d'une telle déclaration. Or, s'il est considéré que le consommateur avait une connaissance moindre des faits présentés par le professionnel, cette déclaration serait davantage qu'une simple opinion. Il en sera en outre de même lorsque le professionnel se présentera comme ayant en main toutes les informations nécessaires à la déclaration de son opinion. En d'autres termes, la qualification de déclaration d'opinion sera rejetée au profit de celle de faits, à chaque fois que le consommateur pourra considérer que l'opinion, factuellement construite, est avérée.

- La présentation concernant les droits est, elle aussi différenciée de celle de fait. L'idée est que nul n'est censé ignorer la loi. Autrement dit, il s'agit de faire application de l'adage *ignorantia juris haud excusat* selon lequel l'ignorance de la loi, ou du droit devrait-on dire n'est pas une excuse¹⁶⁰³. Cela étant, il est nécessaire de distinguer entre le droit et la possession de ce dernier, ainsi en a-t-il été jugé dans l'affaire *Cooper v. Phibbs*¹⁶⁰⁴ dans laquelle une personne avait accepté d'être locataire d'un bien dont il était déjà le propriétaire. Il ne s'agissait pas d'une erreur de droit entendu au sens de la négation du droit de propriété, il s'agissait plutôt d'une erreur de fait, au sens où la personne méconnaissait le fait qu'elle était en possession du droit de propriété en question.

1602. Dir. 2005/29/CE, annexe I, pratique n° 12, qui considère comme trompeuse en toutes circonstances la pratique consistant à « formuler des affirmations factuellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou de celle de sa famille s'il n'achète pas le produit ».

1603. À l'inverse, en droit français l'erreur de droit peut être constitutive d'une erreur qualifiée pouvant être source de nullité de la convention. Il y aura alors erreur si celle-ci porte sur les droits objets du contrat. Il est alors nécessaire que droit et substance du contrat ne fassent qu'un. Cass. civ. 17 novembre 1930 : DP 1932. 1. 161, note LAURENT.

1604. *Cooper v. Phibbs* [1867] LR 2 HL 149, HL, at 170.

Ce rejet de l'erreur et donc de la présentation fausse du droit s'explique par l'addition de l'égalité d'accès au droit à la nécessité de sécurité des transactions commerciales, il s'agirait alors de « sanctionner » le manque de diligence du trompé quant à une donnée facilement vérifiable qu'est la situation du droit. Un tel raisonnement se justifie d'autant plus que le consommateur se retrouve grâce aux avocats, aux associations de protection des consommateurs, aux organismes étatiques de protection des droits des consommateurs, mais aussi à Internet, de moins en moins démunis et donc dans une situation de connaissance du droit de plus en plus égalitaire avec le professionnel.

En effet, il est constant de considérer que la faute de la victime peut modifier le taux de responsabilité délictuelle de l'auteur d'une faute¹⁶⁰⁵. Il serait alors possible de considérer que l'erreur quant à des informations vérifiables, même induite, est inexcusable et qu'il appartient au consommateur de se renseigner. Mais tel ne semble pas être la voie choisie par les Hauts magistrats qui considèrent même que la turpitude de la victime d'un dol ne fait pas obstacle à la prise en compte du dol¹⁶⁰⁶, et qu'ainsi l'erreur provoquée par la réticence dolosive est toujours excusable¹⁶⁰⁷.

- 617** Cela étant, le fait que le consommateur pourra aisément contredire une telle déclaration n'élimine pas la nécessité d'interdire au professionnel *a priori* de les effectuer. C'est pourquoi, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs considère comme telle, notamment la pratique consistant à menacer d'action le consommateur lorsqu'une telle menace n'est pas possible¹⁶⁰⁸.

Cependant, suivant une logique de *private enforcement*, ou de renforcement des dispositions pénales par l'action privée, il a semblé nécessaire de distinguer entre la situation où l'erreur provenait du trompé et/ou cette dernière était provoquée. Dès lors, l'action basée sur la section 2(1) du *Misrepresentation Act* de 1967, pouvait se satisfaire d'une présentation fausse du droit¹⁶⁰⁹.

- 618** Concernant les *bars to rescission*, quatre semblent pouvoir être appliquées à la matière, la première est la connaissance par le trompé du caractère faux de la déclaration, la seconde est incarnée par les délais de prescriptions. En effet, hormis la présentation fausse faite de manière frauduleuse, le dépassement d'un délai raisonnable est cause d'extinction de la possibilité

1605. Voir not. Cass. civ. 2^e, 11 février 1976 : D. 1976. 609, note LARROUMET.

1606. Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004 : Bull. civ. I, n° 182 ; D. 2005. Pan. 189, obs. MAZEAUD ; JCP 2005. II. 10006, note EYRAUD ; *ibid.* I. 132, n° 2, obs. VINEY ; CCC 2004, n° 136, note LEVENEUR ; Dr. et patr., nov. 2004, p. 82, obs. CHAUVEL ; *ibid.*, janvier 2005, p. 52, étude SAUVAT ; LPA 22 juin 2005, note CHARDEAUX ; RTD civ. 2004. 503, obs. MESTRE et FAGES.

1607. Cass. civ. 3^e, 21 février 2001 : Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001. 2702, note MAZEAUD ; *ibid.*, Somm. 3236, obs. AYNÈS ; D. 2002. Somm. 927, obs. CARON et TOURNAFOND ; JCP 2002.II. 1002, note JAMIN ; *ibid.* 2001.I. 330, n° 10 sq., obs. CONSTANTIN ; JCP E 2002. 764, note CHAUVEL ; Defrénois 2001. 703, obs. LIBCHABER, LPA 30 octobre 2001, note GENTILI ; AJDI 2002. 70, obs. COHET-CORDEY ; RTD civ. 2001. 353, obs. MESTRE et FAGES.

1608. Dir. 2005/29/CE, art. 9.e.

1609. *Pankhania v. Hackey LBC* [2002] EWHC 2441.

d'annulation¹⁶¹⁰, ensuite il n'y aura pas d'annulation lorsqu'il sera impossible de remettre les personnes dans l'état qui était le leur avant exécution du contrat, il s'agit ici notamment d'éviter qu'une des parties fasse l'objet d'un enrichissement injuste¹⁶¹¹. La *common law* est très stricte à ce sujet, mais une approche en équité permet d'aménager cette impossibilité¹⁶¹², enfin, les cours disposent d'un pouvoir souverain leur permettant d'allouer des dommages-intérêts en lieu et place de l'annulation lorsque la représentation fautive n'a pas été frauduleuse et qu'il leur paraît plus équitable¹⁶¹³.

II Opérée par un cocontractant .

619 Le dol constitue alors une atteinte à la bonne foi contractuelle, c'est ce qui explique que seul le dol émanant d'un cocontractant est considéré comme vice du consentement¹⁶¹⁴. Le dol émanant d'une autre personne pourra tout au plus être considéré comme source d'erreur pour la victime¹⁶¹⁵.

Cependant, cette règle connaît ses limites, d'une part, le cocontractant ne pourra échapper à sa responsabilité lorsqu'il aura été le complice ou l'instigateur du dol¹⁶¹⁶. De la même manière le dol fait par le représentant aura pour effet de responsabiliser le représenté¹⁶¹⁷. Enfin, le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoit que le dol pourrait également être constitué, lorsqu'il émanerait d'un tiers, « si le cocontractant en a eu connaissance et en a tiré avantage »¹⁶¹⁸.

620 De la même manière, le droit anglais fait de la différence de source de l'erreur un moyen

1610. *Leaf v. International Galleries* [1950] 2 KB 86.

1611. *Halpern v. Halpern* (N° 2) [2007] EWCA Civ. 291 ; [2007] 3 All ER 478.

1612. ANSON W. R., *Anson's law of contract*, 28th ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2002, 739 p., p. 256, cité par MCKENDRICK E., *Contract law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010, affirme que « *it will be "less ready to pull a transaction to pieces where the defendant is innocent, whereas in the case of fraud the Court will exercise its jurisdiction to the full in order, if possible, to prevent the defendant from enjoying the benefit of his fraud at the expense of the innocent plaintiff". But, even in a case of fraud, rescission will not be ordered where it is not possible to achieve a broadly just result by orders for monetary adjustment to reflect benefits and detriments which have accrued under the contract since to do so would unjustly enrich the defrauded party.* ».

1613. *Misrepresentation Act* de 1967, Section 2(2) : « *Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him otherwise than fraudulently, and he would be entitled, by reason of the misrepresentation, to rescind the contract, then, if it is claimed, in any proceedings arising out of the contract, that the contract ought to be or has been rescinded, the court or arbitrator may declare the contract subsisting and award damages in lieu of rescission, if of opinion that it would be equitable to do so, having regard to the nature of the misrepresentation and the loss that would be caused by it if the contract were upheld, as well as to the loss that rescission would cause to the other party.* »

1614. Cass. Com. 1^{er} avril 1952 : D. 1952. 380 et 685, COPPER-ROYER.

1615. Cass. Civ. 1^{re}, 3 juillet 1996 : Bull. civ. I, n° 288 ; D. 1996. Somm. 323, obs. DELEBECQUE.

1616. Cass. req., 20 mars 1883 : S. 1884, 1, 417.

1617. Cass. 3^e civ., 29 avril 1998 : Bull. civ. III, n° 87 ; JCP 1998, IV, 2351.

1618. Art. 1137.

permettant de distinguer entre l'erreur simple (*mistake*) et le dol (*misrepresentation*). Ainsi, la distinction entre erreur et erreur provoquée n'est ici pas convenable. En effet, dans une relation entre professionnel et consommateur, tel qu'il est l'objet de la présente étude, il se peut que l'erreur soit provoquée sans que celle-ci soit constitutive d'un dol. Ainsi, il est accepté que l'erreur soit issue de la propre méprise du consommateur ou encore qu'elle ait été induite par un tiers à la relation contractuelle.

Autrement dit, si l'erreur était provoquée par une personne sur lequel le cocontractant n'a aucune autorité légale, l'erreur devra être soumise au régime seul de l'erreur et non du dol ¹⁶¹⁹.

621 Or, la manœuvre déloyale opérée par un tiers pourra être qualifiée de trompeuse à l'aune de la directive, dès lors si une telle pratique ne pourra être qualifiée de dolosive à l'aune du droit général des contrats, elle devra tout de même être sanctionnée à l'aune du droit spécial de la consommation. Ainsi, si la directive interdit de manière générale les pratiques commerciales trompeuses sans que l'auteur n'ait à entrer en relation contractuelle avec la victime, il semble qu'elle permette de lutter contre les contrats ayant été conclus après qu'une pratique commerciale trompeuse ait vicié le consentement du consommateur et ce même si le dol ne provenait pas du professionnel cocontractant. Ainsi, un contrat conclu sur les bases de l'irrespect de règles d'ordre public devrait être sur le fondement de l'article 6 du Code civil nul et de nul effet.

Cela étant, cet enrichissement n'est dans les faits peu important. En effet, le plus souvent l'auteur de la pratique commerciale trompeuse sera lié au cocontractant soit par un lien de subordination, soit par un lien de délégation. Ce qui devrait donc permettre de responsabiliser le contractant, et ce même si le lien est à l'origine dissimulé.

Enfin, comme pour tout vice du consentement, le dol doit être déterminant. Alors l'erreur, si elle ne porte pas sur les qualités substantielles de la chose du contrat, doit être suffisamment déterminante pour qu'il puisse être considéré que sans cette dernière, la victime n'aurait pas contracté.

III Dans le but de tromper .

622 Concernant l'intention, celle-ci doit être dolosive, c'est-à-dire que d'une part, les agissements doivent être malhonnêtes dans le sens où il y aura intention de tromper ¹⁶²⁰, mais aussi, que la manœuvre soit destinée à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement du cocontractant. Autrement dit, pour que le dol soit une condition d'annulation du contrat, il sera nécessaire que ce dernier soit une condition déterminante de l'obtention du consentement ¹⁶²¹.

1619. CARTWRIGHT J., *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Third edition, London : Sweet & Maxwell, 2012 (Contract law library), 879 p., n° 15-08.

1620. En ce sens, le dol conserve le double sens qui lui était accordé en droit romain ; c'est-à-dire à la fois un vice du consentement et un délit.

TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., *Droit civil les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013.

1621. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations. 1 L'acte juridique*, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, n° 214.

Il en ressort d'une part que le seul manquement aux exigences légales d'information, telles que celles établies par la directive, ne sera pas sanctionné, si l'auteur n'avait pas l'intention de tromper le consommateur¹⁶²².

Et ce, d'autant plus que contrairement au régime des pratiques commerciales agressives¹⁶²³, le Code de la consommation ne sanctionne pas par la nullité les conventions formées par le biais d'une pratique commerciale trompeuse.

Cela étant, un retour au caractère d'ordre public de l'obligation d'information pourra amener les magistrats à la même solution¹⁶²⁴.

623 Le raisonnement diffère alors grandement de celui retenu en droit anglais selon lequel il est traditionnellement reconnu que lorsqu'une demande d'annulation d'un contrat est produite, il est nécessaire qu'il y ait une représentation fausse, mais que peu importe qu'elle ait été honnêtement induite, contrairement au *tort of deceit*¹⁶²⁵. Il paraît alors que le droit anglais protège davantage le consentement que celui le plus souvent appliqué en France. Il procède en effet à une exclusion de la référence à la bonne foi, l'erreur provoquée se suffisant à elle-même. En effet, il est évident que lorsqu'il y aura présentation fausse, le consentement ne pourra être *ad idem*. Ainsi alors, celui-ci étant vicié, le contrat ne pourra plus tenir. Cependant, un tel raisonnement semble aller à l'encontre d'un élargissement des erreurs prises en considération. En effet, il a été évoqué plus haut que le dol permettait un élargissement du domaine de l'erreur du fait de l'atteinte à la bonne foi précontractuelle. Or, il pourrait être considéré, *a priori*, qu'en l'absence de référence au concept de bonne foi, cette distinction entre l'erreur et le dol ne devrait pas mener à une considération différente quant à son champ d'application. Or, une telle distinction peut être expliquée par la prise en considération du fait qu'en cas de dol l'erreur est provoquée, elle ne dépend pas exclusivement du sujet de l'erreur, mais aussi de celui qui l'induit. Il s'agirait alors de sanctionner la faute de l'inducteur en erreur, ce qui, dans une relation telle que celle encadrée par la directive, est compréhensible et cohérent. En effet, dans une relation entre professionnel et consommateur, il est reconnu que le professionnel doit faire montre d'une diligence accrue et qu'il est responsable des informations fournies au consommateur. Ce serait alors ce caractère disciplinaire qui permettrait un élargissement des erreurs prises en considération.

1622. Cass. Com. 28 juin 2005 affirmant que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci » : Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2006. 2774, note CHAUVEL ; D.2005. Pan. 2838, obs. AMRANI MEKKI ; CCE 2005, n° 158, note STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2005. 591, obs. MESTRE et FAGES.

1623. Qui sont sources de nullité de la convention qui en découle selon l'article L.122-15 du Code de la consommation.

1624. Voir en ce sens nos 635 sqq..

1625. Voir en ce sens LORD HERSCHELL dans *Derry v. Peek* [1889], 14 App. Cas. 337, HL, at 359-360, cité par CARTWRIGHT J., *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Third edition, London : Sweet & Maxwell, 2012 (Contract law library), 879 p., n° 2-03 : « *I think it important that it should be borne in mind that ... an action [of deceit] differs essentially from one brought to obtain rescission of a contract on the ground of misrepresentation of a material fact. The principles which govern the two actions differ widely. Where rescission is claimed it is only necessary to prove that there was misrepresentation ; then, however honestly it may have been made, however free from blame the person who made it, the contract, having been obtained by misrepresentation, cannot stand.* »

624 Cependant, il est nécessaire de préciser d'une part que certains arrêts de la première chambre civile passent outre la nécessité de l'intention trompeuse ¹⁶²⁶, d'autre part qu'un juge ne peut prononcer une annulation pour dol sans constater les manœuvres destinées à provoquer une erreur chez le cocontractant, et enfin qu'une distinction doit être opérée entre ce qui est traditionnellement appelé *dolus bonus* et *dolus malus*. En effet, le cocontractant doit être protégé contre la tromperie, mais encore ne faut-il pas exagérer son infantilisation. Concernant les pratiques commerciales, il est d'habitude qu'un commerçant exagère par exemple sa supériorité ou celle de son produit. Il convient alors de raison garder et de laisser au consommateur le soin d'apprécier le second degré des déclarations effectuées. C'est notamment en ce sens que s'est prononcé le législateur européen à travers l'article 5 de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs ¹⁶²⁷, conformément à une jurisprudence déjà acquise ¹⁶²⁸.

625 En outre, même en cas de remise en question de cette distinction ¹⁶²⁹, le caractère nécessairement déterminant du mensonge, empêcherait la sanction de certains dols. En effet, ainsi que l'exprime l'auteur, « s'il est toujours déloyal de mentir, en revanche le mensonge n'emporte pas toujours le consentement ; on ne saurait en effet être victime ni des menus mensonges habituels au commerce ¹⁶³⁰, ni des mensonges excessifs et donc non crédibles ¹⁶³¹. En définitive le mensonge le plus convaincant est celui qui serre de plus près la réalité ».

626 Finalement, l'avant-projet de réforme du droit des obligations porté par le Ministère de la Justice consacre en son article 44 la réticence dolosive d'information. En effet, selon cet article « le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre [...] par la dissimulation intentionnelle d'une information qu'il devait lui fournir conformément à la loi ».

Une telle consécration, bien que bienvenue, a cependant gardé la limite imposée par le caractère intentionnel de la pratique. Or, cette nécessité est à l'évidence moins protectrice que le droit de la consommation qui s'émancipe de toute intention, se référant alors à la simple, mais nécessaire, diligence professionnelle.

Il est ainsi patent que les juridictions, mais également le législateur, restent globalement réticents à admettre l'existence d'un vice du consentement. À cette réticence doit être associée l'essence même du vice du consentement qui par son caractère personnel et individuel oblige celui qui s'en prévaut à l'invoquer en justice et à le prouver. Cette situation est donc d'autant

1626. Voir ainsi : Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003 : Bull. civ. I, n° 114, p.89 ; JCP 2003, II, 10144, note DESGORGES ; JCP 2003, I, 170, n°s 1 à 5, obs. LOISEAU.

1627. Directive 2005/29/CE, art. 5 *in fine* : « Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral ».

1628. Cass. Com. 13 décembre 1994, CCC 1995, n° 48, note LEVENEUR.

1629. MALINVAUD PH., LASZLO-FENOUILLET D. et MEKKI M., Droit des obligations, 13^e éd., Paris : Lexis-Nexis, 2014, n° 195.

1630. Cass. com., 13 décembre 1994 : CCC. 1995, comm. 48, note LEVENEUR.

1631. Cass. soc., 26 octobre 1957 : Bull. civ. IV, n° 1011.

plus regrettable que, dans les situations de la présente étude, la victime sera déjà la partie faible de la relation. C'est pourquoi tant la jurisprudence que le législateur ont aujourd'hui tendance à dépasser la nécessité d'une intégrité du consentement au profit d'une lucidité de ce dernier.

Section 2 La lucidité du consentement.

627 Dans les contrats de consommation, tels que ceux visés par les pratiques commerciales, le consensualisme est le plus souvent restreint à un choix entre l'adhésion ou la non-adhésion aux termes fixés par le professionnel. Il est alors question de contrat d'adhésion. En effet, il peut être considéré qu'un contrat est de ce type lorsque « l'ensemble du contrat est conçu et rédigé unilatéralement par l'une des parties, l'autre n'ayant pas le pouvoir d'en discuter ni d'en modifier le contenu : le seul choix possible est d'accepter le contrat en bloc, en adhérant à toutes ses clauses, ou de refuser de contracter. Le consentement est ainsi une adhésion au projet de l'autre sans qu'il y ait place pour une contre-proposition : l'offre est à prendre ou à laisser »¹⁶³².

En outre, le contrat d'adhésion se caractérise par deux éléments principaux. Tout d'abord, l'offre est générale, permanente et détaillée. Autrement dit, pendant une période plus ou moins longue, le professionnel proposera une offre précise à un ensemble de consommateurs visés à laquelle il ne pourra être dérogé par le mécanisme traditionnel de négociation contractuelle. Dès lors, ce caractère de l'offre démontre la supériorité du professionnel sur le consommateur lui permettant d'imposer ses conditions.

Il est dès lors possible que le consommateur contracte en donnant un consentement intègre, c'est-à-dire non vicié, mais que ce dernier ne soit pas réellement lucide quant à ces engagements. C'est ici le second visage de la loyauté. Alors que cette dernière peut être définie négativement comme le fait de ne pas être déloyal, ne pas être agressif ou trompeur, elle peut aussi bien l'être de manière positive. Ce sera en ce sens l'application d'une sorte de fraternité contractuelle associant au consentement les nécessaires information et réflexion.

628 Les obligations précontractuelles et contractuelles d'information sont au cœur des dispositions de protection des consommateurs. Cette position s'explique par le fait qu'une telle obligation protège à la fois les consommateurs et leur consentement, et les concurrents loyaux espérant développer leur entreprise dans une concurrence saine et loyale.

En outre, cette information est source de déséquilibre entre les parties. En effet, ce sont les professionnels, qu'il s'agisse de producteurs, vendeurs, ou prestataires, qui connaissent les biens et services, et ce sont aussi eux qui en fixent les prix. Il est donc nécessaire que le consommateur subissant ce déséquilibre soit remis en capacité de contracter de manière loyale ; c'est-à-dire en l'espèce dans une situation équilibrée.

Cependant, il faut préciser à ce niveau que l'information n'est pas la publicité. En effet, la publicité ne cherche pas à informer le consommateur, mais plutôt à l'attirer. Ainsi elle sera forcément effectuée au profit du professionnel ou de son produit et donc objectivement non neutre.

1632. FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, 3^e éd. mise à jour, Paris : Presses universitaires de France, 2012 (Thémis), p. 232.

Cette définition devrait par ailleurs être préférée à celle proposée par la Chancellerie qui définit le contrat d'adhésion par l'alinéa 2 de l'article 1108 comme « celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties ». Or, limiter l'étude aux seules stipulations essentielles semble être une erreur.

En ce sens : CHÉNEDÉ F., « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme. », D.2015, p. 1226.

Alors l'obligation de l'information se divisera pour le professionnel en deux branches, la première nécessitera le respect de l'obligation d'information entendue en son sens strict (§1), et la seconde, celui des signes distinctifs (§2). Il est alors flagrant que le droit de l'information contractuelle se recoupe largement avec les pratiques commerciales réglementées par la directive européenne.

§1 L'obligation d'information.

629 L'obligation d'information fait partie d'un ensemble plus vaste qui a pu être qualifié par le Professeur LE TOURNEAU de devoir de parler¹⁶³³. Un tel devoir englobant la trilogie conceptuelle des obligations de renseignement, d'information, et de conseil. Cependant, de l'aveu de ce dernier, cette trilogie paraît artificielle et difficilement applicable. Le raisonnement sera alors ici limité à l'obligation d'information.

Les articles alors applicables à la matière sont les articles L.111-1 et suivants, et L.133-2 du Code de la consommation devant être accompagnés de la disposition déjà bicentenaire de l'article 1602 du Code civil affirmant que « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige [et que] tout acte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur »¹⁶³⁴.

De la même manière, l'article L.133-2 du Code de la consommation dispose que « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible, [et qu'elles] s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur »¹⁶³⁵. Cette interprétation en faveur du consommateur se retrouve d'autre part en droit espagnol édictée par l'article 6.2 de la loi du 13 avril 1998¹⁶³⁶, et l'article 80.2 du décret royal du 16 novembre 2007¹⁶³⁷.

C'est enfin le même esprit qu'est venu consacrer le législateur dans l'article L.111-1 du Code de la consommation venant obliger le vendeur professionnel de bien à « mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien », l'article L.111-2 venant pour sa part élargir cette disposition aux prestations de services. Alors le point commun de ces obligations d'information résidera dans leur objet. En effet, il est possible d'affirmer qu'elles « portent toutes sur des éléments ayant une incidence sur le consentement d'un contractant, sur sa décision de conclure le contrat, en ce sens que si le créancier de l'obligation d'information

1633. TOURNEAU PH. LE, Responsabilité des vendeurs et fabricants 2015/2016, 5^e éd., Paris, France : Dalloz, Avril 2015 (Dalloz Référence), n^{os} 21.21 sqq..

1634. De la même manière, l'article 1288 du Code civil espagnol dispose que « *La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad* ».

1635. Voir également, Cass. Civ. 2^e, 12 décembre 2013, 12-29.360, Inédit ; Cass. Civ. 1^{re}, 17 juin 2015, 14-17.009, Inédit.

1636. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

1637. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

avait connu l'information avant la conclusion celui-ci, il n'aurait pas accepté les mêmes conditions »¹⁶³⁸.

La coïncidence avec la définition des pratiques commerciales déloyales est alors flagrante. En effet, si les obligations d'information ont pour objet les éléments ayant une incidence sur le consentement d'un contractant, sur sa décision quant à ses conditions d'engagement : conditions qu'il n'aurait pas acceptées s'il fut valablement informé, les pratiques commerciales déloyales ont pour objet d'altérer son comportement économique¹⁶³⁹. Ainsi les actions ou omissions trompeuses ont pour objet d'amener ou d'être susceptibles d'amener le consommateur « à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise autrement »¹⁶⁴⁰. Alors, la sanction des pratiques commerciales déloyales trouvera son corollaire en matière contractuelle notamment dans la sanction du manquement aux obligations d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant. En effet, si la directive est venue regrouper l'information trompeuse et la publicité trompeuse au sein d'un ensemble plus large que sont les pratiques commerciales trompeuses¹⁶⁴¹, elle précise en son article 3, alinéa 2 qu'elle s'applique sans préjudice du droit des contrats. Autrement dit, si elle vient interdire l'information ou la publicité trompeuse, elle n'en fixe pas le régime, et un retour au droit commun est alors nécessaire. En ce sens d'ailleurs, un récent arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne est venu réaffirmer le fait que l'information donnée à un consommateur pouvait être qualifiée de pratique commerciale¹⁶⁴².

Or, le droit applicable, issu de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, et sa codification en l'article L.111-1 du Code de la consommation, n'est en réalité que la reprise d'une création jurisprudentielle qui lorsqu'elle sanctionnait la réticence dolosive, octroyait des dommages-intérêts sur le fondement de 1382 à la suite d'une annulation pour erreur, mettait en œuvre la garantie des vices cachés lorsque l'information portait sur un vice rédhibitoire ; avait consacré une obligation précontractuelle d'information¹⁶⁴³.

En réalité, cette reprise par le Code de la consommation permet de renforcer l'efficacité de cette obligation d'information. En outre, comme le constate M. BERENGER, le régime du Code de la consommation est plus protecteur que le régime jurisprudentiel.

En effet, en droit spécial de la consommation, « ce n'est pas l'impossibilité pour le consommateur de rechercher l'information qui fonde l'obligation du professionnel, mais bien la seule qualité des parties à la relation contractuelle, relation qui place un consommateur présumé ignorant face à un professionnel présumé sachant. Mais cette présomption est presque irréfragable

1638. FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1992 (Bibliothèque de droit privé, t. 221), 573 p., n° 288.

1639. Directive 2005/29/CE, art. 5.3

1640. Directive 2005/29/CE, art. 6.1 et 7.1

1641. Voir en ce sens, not. n° 293.

1642. CJUE, 15 avril 2015, *Demande de décision préjudicielle : Kúria : Hongrie*, aff. C-388/13, non encore publié(e) (Recueil général), consid. 37.

1643. Ghestin J., Huet J. et Piedelièvre S., *Traité de droit civil, la formation du contrat.*, Paris : L.G.D.J., 1993., n°s 622 sqq. ;

Cité par SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAUX G., *Les contrats de consommation : règles communes*, op. cit., p. 252 sqq.

[...] l'obligation d'information ne naît pas de l'impossibilité pour le consommateur de rechercher par lui-même l'information, elle existe même si ce dernier pouvait s'en enquérir par lui-même, la règle spéciale n'opérant à cet égard aucune distinction »¹⁶⁴⁴, alors qu'il est de tradition de juger en matière civile que l'obligation de conseil ne s'applique pas aux faits qui sont de la connaissance de tous¹⁶⁴⁵.

Ainsi, par ces dispositions, il est flagrant que la charge de la preuve est inversée, le vendeur devant alors prouver qu'il a respecté son obligation générale d'information¹⁶⁴⁶.

Ce même renversement de la charge de la preuve existe également en droit civil¹⁶⁴⁷, les juridictions ayant cependant précisé que cette preuve peut s'effectuer de toute manière et notamment par le biais de présomptions¹⁶⁴⁸.

Cela étant, s'il revient au professionnel de prouver qu'il a respecté son obligation d'information, il n'en demeure pas moins vrai que la nullité du contrat ne sera possible que si cette violation de l'obligation d'information est constitutive d'un dol. En effet, l'obligation d'information et sa négation doivent être distinguées du dol. Il en ressort que tout manquement d'un professionnel à son obligation d'information n'est pas constitutif de dol¹⁶⁴⁹, le dol demandant alors un caractère intentionnel¹⁶⁵⁰. Mais, le dol peut être constitué du silence d'une partie dissimulant à l'autre un fait que s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter¹⁶⁵¹. Le retour au régime du dol sera alors nécessaire afin de qualifier ou non le contrat de nul¹⁶⁵².

630 Enfin, si le non-respect de cette obligation d'information n'est pas constitutif de dol et donc

1644. BERENGER F., Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2007, n° 43 ;

Cité par SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., QUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAUX G., Les contrats de consommation : règles communes, op. cit., n° 268.

1645. Voir not. Cass. Civ. 3^e, 20 novembre 1991, Bull. civ. III, n° 284 ; Cass. Civ. 3^e, 6 mars 2002 : RTD civ. 2003. 81, obs. MESTRE et FAGES.

1646. Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 132 ; D. 2002. IR 1811 ; JCP 2002. I. 184, n° 1 sq., obs. LABARTHE ; CCC 2002, n° 135, note LEVENEUR ;

Cass. Civ. 1^{re}, 28 octobre 2010 : Bull. civ. I, n° 215 ; D. 2010. Actu. 2580, obs. DELPECH ; D. 2011. Pan. 2898, obs. GELBARD-LE DAUPHIN ; RDI 2010. 616, obs. MALINVAUD ; JCP E 2011, n° 1438, note BUCHER ; CCC 2011, n° 1, obs. LEVENEUR ; Gaz. Pal. 2011. 294, obs. HOUTCIEFF ; Defrénois 2010. 2309, note RABU ; RLDC janvier 2011.12, obs. PAULIN.

1647. Not. sous le visa de l'article 1147 du Code civil : Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 1997 : Bull. civ. I, no 75 ; R., p. 271 ; GAJC, 12e éd., no 16 ; D. 1997. Somm. 319, obs. PENNEAU ; JCP 1997. I. 4025, no 7, obs. VINEY ; Gaz. Pal. 1997. I. 274, rapp. Sargos, note GUIGUE ; Defrénois 1997. 751, obs. AUBERT ; LPA 16 juill. 1997, note DORSNER-DOLIVET ; RCA 1997. Chron. 8, par LAPOYADE-DESCHAMPS ; CCC 1997. Chron. 5, par LEVENEUR ; RDSS 1997. 288, note DUBOIS ; RGAT 1997. 852, note RÉMY ; RTD civ. 1997. 434, obs. JOURDAIN.

1648. Cass. Civ. 1^{re}, 4 janvier 2005 : Bull. civ. I, n° 6 ; RCA 2005, n° 99, note RADÉ ; RTD civ. 2005. 330, obs. PITCHO.

1649. CA Paris, 13 avril 2012 : CCC 2012, n° 219, obs. RAYMOND.

1650. Cass. Com. 28 juin 2005 : D.2005, p.2774, note CHAUVEL ; Cass. Com. 7 juin 2011, 2579, note CARTIER-FRÉNOIS ; CCC 2011, comm. 208, obs. LEVENEUR.

de nullité du contrat, il peut tout de même, si un préjudice est causé du fait de l'absence de ces informations, devenir source de responsabilité civile contractuelle¹⁶⁵³.

De la même manière, l'acheteur pourra se fonder sur les actions des articles 1641 et suivants du Code civil, imposant au vendeur « une garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine », et des articles L.211-1 et suivants du Code de la consommation imposant une garantie de conformité.

631 Cette sanction de l'omission d'information sera alors complétée par la liste des informations déclarées substantielles par la directive relative aux pratiques commerciales déloyales qui encore une fois n'aura pas de caractère exhaustif du fait de la non-harmonisation de la matière, mais sera constitutive de ligne directrice.

Concernant ces informations substantielles, il convient de préciser que si elles s'apprécient *in concreto* en matière d'erreur, elles s'apprécient *in abstracto* en matière d'informations précontractuelles¹⁶⁵⁴.

Finalement, il convient ici de préciser que malgré les divergences entre le droit général et le droit spécial quant au régime de l'obligation d'information, le droit spécial inspire fortement les différents projets civilistes.

632 Parmi les projets européens, le DCFR¹⁶⁵⁵ dispose en son article II.-3 :101 une obligation précontractuelle d'information répondant aux standards d'information normalement attendus ou autrement dit aux informations qui devraient découler d'une « bonne pratique commerciale »¹⁶⁵⁶

De la même manière, l'article 7 du Livre premier du Code européen des contrats, développé par l'Académie des privatistes européens de PAVIE¹⁶⁵⁷ impose à chaque partie un devoir d'information de toutes circonstances de fait ou de droit dont elle a connaissance ; et sanctionne

Contra. : Cass. Civ. 1^{re}, 13 mai 2003 : Bull. civ. 2003, I, n° 114, p.89 ; JCP 2003, II, 10144, note DESGORCES ; JCP 2003, I, 170, n° 15, obs. LOISEAU.

1651. Cass. Civ. 3^e, 15 janvier 1971 : Bull. civ. III, n° 38 ; D. 1971. Somm. 148 ; RTD civ. 1971. 839, obs. LOUSSOUARN

1652. Cass. Civ. 1^{re}, 12 novembre 1987 : D. 1987. IR 236

1653. Cass. Civ. 1^{re}, 31 janvier 1973 : Bull. civ. I, n° 40 ; RTD com. 1974. 146, obs. HÉMARD.

1654. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation avait approuvé la Cour d'appel de Paris qui avait considéré que « l'impossibilité de réaliser une copie privée d'un disque DVD sur lequel est reproduite l'œuvre ne constituait pas une caractéristique essentielle ». Fallait-il y voir un glissement de la propriété vers la licence du disque DVD ?

Cass. Civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n° 07-14277, Bull. civ. I n° 177, comm. com. electr. 2008, comm. 102, note CARON ;

CA Paris, 22 avril 2005, D. 205, J., p. 1573, note CASTETS-RENARD, comm. com. electr. 2005, comm. 98, note CARON.

1655. Bar C. Von, Clive E.M., Schulte-Nölke H., Beale H. G., Study Group on a European Civil Code et Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p.

1656. Cette obligation est alors existante même entre professionnels. Puis les articles II.-3 :102 et suivants viennent enrichir les conditions d'information au sujet des relations commerciales entre professionnels et consommateurs.

1657. Académie des privatistes européens, Code européen des contrats : avant-projet (Pavie), Ed. de poche rev. et corr, Milano : A. Giuffrè, 2004, 752 p.

l'omission de cette information, ou la déclaration fausse ou réticente soit par la nullité du contrat s'il a été conclu et non annulé et que le juge estime qu'il s'agit de la mesure la plus équitable, soit à indemniser l'autre partie pour manquement au devoir général de bonne foi imposé par l'article 6.

- 633** Au niveau national, il est intéressant de noter que l'avant-projet de réforme CATALA, indique en son article 1110 que « Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner.

Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties.

Il incombe à celui qui se prétend créancier d'une obligation de renseignement de prouver que l'autre partie connaissait ou aurait dû connaître l'information en cause, à charge pour le détenteur de celle-ci de se libérer en prouvant qu'il avait satisfait à son obligation.

Seront considérées comme pertinentes les informations qui présentent un lien direct et nécessaire avec l'objet ou la cause du contrat »¹⁶⁵⁸.

Or, cet article au delà de rappeler l'obligation d'information qui pèse sur celui qui sait, l'aménage en précisant qu'elle n'existe qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même. Dans le domaine présent, il semble que cette disposition serait particulièrement bienvenue, car à l'heure où il est question de consommation responsable il est flagrant que le consommateur, lui, n'est soumis à aucune responsabilité. Il serait alors question dans un esprit loyaliste de refuser au consommateur les effets de l'absence d'information à chaque fois que ce dernier pouvait les obtenir par lui-même¹⁶⁵⁹.

- 634** Cette même position semble être retenue par l'avant-projet de la Chancellerie du 23 octobre 2013 qui bien qu'imposant un devoir d'information au « contractant qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre », la limite aux cas où le destinataire de l'information pouvait légitimement ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant¹⁶⁶⁰.

La difficulté alors soulevée par cet article est sa référence finale à la confiance en l'autre partie, un tel élargissement de l'information semble plaider pour une protection renforcée des personnes candides et ne semble donc ni nécessaire, ni souhaitable. Cela étant, la référence

1658. CATALA P. et France, Ministère de la Justice, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Paris : La Documentation française, septembre 2005, 208 p., art.1110.

1659. Ainsi il a pu être ressenti sous la plume du Juge d'instance de Poitiers un certain agacement lui permettant d'affirmer que le consommateur moyen n'est pas un « incapable dont il convient de prendre en charge tous les actes, même les plus banaux de la vie quotidienne ». TI Poitiers, 20 juin 2008, *James G. c/ Gaz de France*. Cité par RAYMOND G, « Limites de l'obligation d'information à fournir au consommateur », *Contrats Concurrence Consommation* n° 8, Août 2008, comm. 215.

1660. Avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, soumis à consultation publique par le ministère de la Justice le 25 février 2015, art. 1129

à la légitimité dans la qualification de cette confiance pourra permettre aux juges d'apprécier l'opportunité de retenir cette confiance.

Bien sûr, il n'est ici question que d'information et donc le dol, allant au-delà du simple manque d'information serait toujours possible s'il y avait manœuvres dolosives. C'est d'ailleurs la position de l'avant-projet de la Chancellerie qui précise dans l'alinéa deux de ce même article, consacré au devoir d'information, que le manquement à ce dernier engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur, mais que la nullité du contrat peut être demandée si la pratique peut être qualifiée dolosive.

Suivant ainsi une jurisprudence qui affirme avec constance qu'il ne résulte pas de l'article L.111-1 du Code de la consommation que tout manquement par un professionnel à son obligation d'information soit sanctionnée par la nullité du contrat qui suppose la démonstration d'un dol¹⁶⁶¹. À l'inverse, il ne saurait y avoir réticence dolosive de la part d'un professionnel qui se serait conformé aux prescriptions légales détaillant son obligation d'information¹⁶⁶².

635 Cela étant, l'interdiction pénale, issue de la directive 2005/29/CE, rend l'obligation d'information, qui comme il l'a été démontré plus haut¹⁶⁶³ peut être dégagée par une lecture en négatif de l'article L.121-1-II du Code de la consommation, d'ordre public.

Il s'agirait alors d'une disposition impérative dont l'absence devrait engendrer la nullité de la convention¹⁶⁶⁴.

En effet, l'article 6 du Code civil affirme qu'on « ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »¹⁶⁶⁵. Il en découle que toute convention contraire à des dispositions d'ordre public peut être annulée¹⁶⁶⁶.

Allant plus loin, l'article 1161 de l'avant-projet de réforme de la Chancellerie dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Si l'esprit reste le même qu'en droit positif qui mêlant les articles 6 et 1131 du Code civil interdit la cause illicite ou immorale, il étend expressément la protection de l'ordre public au contenu du contrat, ainsi l'absence d'informations imposées pour des raisons d'ordre public devrait ici être considérée.

1661. Voir not. CA Paris, 13 avril 2012 : CCC 2012, n° 219, obs. RAYMOND ; CA Rennes, 17 octobre 2003 : CCC 2004, n° 5, obs. RAYMOND.

1662. Cass. Civ. 1^{re}, 14 juin 1989 : JCP 1991. II. 21632, note VIRASSAMY ; D. 1989. Somm. 338, obs. AUBERT.

1663. Voir n° 293.

1664. En ce sens, CALAIS-AULOY J., « Les sanctions en droit de la consommation. », in B. Bouloc et F. Alt-Maes (dirs.), *Les droits et le droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 75 sqq ;

PICOD Y. et DAVO H., *Droit de la consommation*, [Paris] : Sirey : Dalloz, 2010 ; citant CA Paris, 4 octobre 1996, CCC 1997, comm. 34, obs. RAYMOND.

Contra. SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAU G., *Les contrats de consommation : règles communes*, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 280 sqq.

1665. Interdiction reprise par l'article 1102 proposé par l'avant-projet de réforme de la Chancellerie.

1666. Cass. Civ. 1^{re}, 7 décembre 2004, D. 2005 AJ 75 obs. RONDEY ; RTD civ. 2005. 389, obs MESTRE et FAGES ; RTD com. 2005. 585, obs. BOULOC.

S'il est de tradition d'opposer l'ordre public politique à l'ordre public économique, il ne sera ici question que d'ordre public économique. Il s'agit par ce dernier de restreindre la liberté contractuelle pour mieux garantir la liberté individuelle ¹⁶⁶⁷.

Ce dernier peut lui-même être divisé en deux :

- L'ordre public de direction : il s'agit ici de diriger l'économie d'une part en interdisant les atteintes à la liberté de concurrence et d'autre part en intervenant pour réguler certains types d'activités et conventions ; il s'agit autrement dit de protéger l'intérêt général.
- L'ordre public de protection, intervenant dans les contrats où « il existe une inégalité marquée de puissance économique entre les parties » et où il est nécessaire de protéger le plus faible contre le plus fort ¹⁶⁶⁸ ; et ayant notamment constitué le Code de la consommation.

En l'espèce, malgré les imprécisions et difficultés de mise en œuvre de cette distinction ¹⁶⁶⁹, il semble que le caractère d'ordre public, rattaché à l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, soit un ordre public de protection. Ainsi, bien qu'*in fine* il s'agisse de protéger le marché et donc une certaine forme d'intérêt général, il sera nécessaire de circonscrire cette qualité d'ordre public à la protection de l'intérêt privé des consommateurs ¹⁶⁷⁰, et ainsi de restreindre la nullité découlant d'une contravention aux règles à une nullité relative. À ce titre, l'article 1179 de l'avant-projet de la Chancellerie vient réaffirmer cette règle ¹⁶⁷¹. Règles qui, par ailleurs, sont aménagées par l'article L.141-4 du Code de la consommation permettant au juge de soulever d'office toutes les dispositions dudit Code.

636 Deux réflexions pourront être finalement apportées, tout d'abord, un aménagement pourrait préciser la loi afin d'entériner la considération jurisprudentielle acceptant que les mensonges hyperboliques ou encore traits d'humour soient exclus du dol.

Enfin, à l'inverse de ce qui se passe en France, l'Angleterre niant l'existence d'un principe général de bonne foi se refuse à reconnaître celle d'une obligation précontractuelle d'information. Ainsi, dans l'affaire *Smith v. Hughes* ¹⁶⁷², les juges estimaient qu'il s'agissait d'appliquer l'adage latin *caveat emptor* selon lequel il appartient à l'acheteur de se méfier et donc de s'informer. La vision libérale de l'Angleterre est alors encore une fois très marquée ici, laissant de côté un paternalisme jugé non productif en matière contractuelle.

§2 Le respect des signes distinctifs.

637 Deux types de signes distinctifs seront cités ici, d'une part les marques et d'autre part, ce

1667. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., [s.l.] : Sirey : Dalloz, 2014, n° 292.

1668. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., [s.l.] : Sirey : Dalloz, 2014, n° 297.

1669. *Ibid.*, n° 298

1670. La directive précise en ce sens qu'elle « protège expressément les intérêts économiques des consommateurs ». Not. consid. 8.

1671. Alinéa 2 : « [la nullité] est relative lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

1672. *Smith v. Hughes* [1871] LR 6 QB 597

que certains auteurs ont nommé « signes de qualité »¹⁶⁷³.

Les premières, créées par les professionnels permettent strictement au professionnel de distinguer son produit de ceux de ses concurrents. Il permet par la même occasion de renseigner le consommateur sur la source du produit. Les seconds se distinguent par le fait qu'ils n'ont pas été créés par le professionnel, mais par un tiers indépendant permettant ainsi de garantir certains caractères objectifs de qualité du produit.

Ces signes ont donc à la fois un objectif informationnel et publicitaire. En effet, ce sera par une information objective que la promotion des produits sera réalisée. Ce caractère objectif du produit permettra donc au professionnel d'utiliser le signe distinctif.

En cela, les seconds se distinguent des premières en ce qu'émanant d'un tiers, ils offrent aux consommateurs une garantie de qualité, à l'inverse les premières ne sauraient être vues uniquement en tant qu'information quant à la source du produit. Évidemment, très souvent source et qualité iront de pair, mais la garantie de la qualité objectivement vérifiable ne sera possible que par l'utilisation de signes de qualités indépendants. C'est pourquoi, signes de qualité créés par les entreprises elles-mêmes ne devront être considérés uniquement comme des signes distinctifs au sens du droit des marques et non comme réels signes de qualité.

Or bien souvent, ces deux types de signes sont confondus par le consommateur qui est alors trompé sur la qualité du produit ou service choisi. La voie des pratiques commerciales trompeuses est alors possible au même titre que celles du droit des contrats.

638 Outre ces dissimilitudes, les deux types de signes peuvent être assimilés au sein des marques collectives de certification. Ainsi encore, le droit des marques aurait la possibilité d'être appliqué de manière parallèle aux droits des contrats ou encore de la déloyauté (qu'il s'agisse de pratiques commerciales déloyales au sens de la directive, ou de concurrence déloyale, théorie qui devrait, semble-t-il, englober la première).

1673. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, 9^e éd, Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé), 721 p. n^{os} 64 sqq.

Chapitre 3 La sanction de l'irrespect du droit contractuel.

639 Par principe, l'article 1134 du Code civil dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », et qu'elles ne peuvent donc être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour des causes que la loi autorise.

Il découle alors de la lecture de cet article que la révocation des conventions ne peut en principe naître que d'un consentement mutuel. Il sera donc impossible pour une partie de mettre fin unilatéralement au contrat conclu, mais surtout, *mutatis mutandis*, il en résulte que les obligations du contrat seront intangibles. Cette intangibilité rejoint les conditions d'une offre ferme et d'une acceptation pure et simple desquelles dépend la sécurité juridique créée par le contrat. Cela étant, un contrat, en tant que nécessité à la vie des affaires, mais aussi en tant que média de circulation des richesses, doit être nécessaire et productif. En effet, celui-ci peut être étudié comme une petite entreprise dans laquelle chaque contractant œuvre afin de profiter des fruits nés de l'exécution réciproque des parties.

640 Cependant, cet article, non modifié depuis 1804, doit être tempéré. En effet, tout d'abord, il s'agit d'une disposition civiliste qui donc, par nature, est générale. Ainsi, les conventions légalement formées, dans une société civile où les êtres sont par principes égaux, doivent tenir lieu de loi à ceux qui les ont faites ; il s'agit alors de la consécration du principe du consensualisme. Cependant, comme il a précédemment été démontré, aujourd'hui, et en la matière dont fait l'objet la présente étude, le consensualisme sera le plus souvent limité à un choix entre l'adhésion ou le rejet en bloc de la convention.

En outre, l'égalité entre le contrat et la loi est excessive. En effet, en réalité, la loi sera toujours supérieure au contrat. Et en ce sens, il serait d'ailleurs plus cohérent de disposer que le contrat tient lieu de loi entre les parties, mais qu'il doit respecter la Loi, dont chacune de ses composantes peut être vue comme l'une des clauses d'un contrat social bien plus large auquel chaque citoyen adhère.

Enfin, concernant la bonne foi, objet du dernier alinéa de l'article 1134, alors que celle-ci n'avait à l'origine qu'une simple fonction transitoire entre les dispositions précédentes et celles de l'article 1135, elle est aujourd'hui utilisée comme une règle substantielle¹⁶⁷⁴.

Cela étant, si la règle obligeant à une exécution de bonne foi des conventions légalement formées permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne lui permet en principe pas de modifier la substance du contrat¹⁶⁷⁵.

Ici encore, cette solution rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation doit être relativisée. En effet, en matière de droit de la consommation, c'est-à-dire dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, le régime des clauses

1674. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, n° 378.

1675. Cass. Com. 10 juillet 2007 : R., p. 436 ; Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 2007. 2839, note STOFFEL-MUNCK ; 2844, note GAUTIER ; Pan. 2972, obs. FAUVARQUE-COSSON ; RTD civ. 2007. 773, obs. FAGES ; Defrénois 2007, art. 38667, n° 61, obs. SAVAUX ; JCP 2007. II. 10154, note HOUTCIEFF ; RDC 2007. 1107, obs. AYNÈS ; 1110, obs. MAZEAUD ; Dr. et patr. 2007, n° 162, 94, obs. STOFFEL-MUNCK.

abusives, permet de réputer non-écrites les clauses considérées comme telles. En ce sens, l'article L.132-1 du Code de la consommation, après avoir disposé que les clauses abusives sont réputées non-écrites, précise que « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

Ainsi, la clause déclarée abusive sera éliminée du contrat à la poursuite d'un objectif de rééquilibrage des positions contractuelles de chaque partie, la substance du contrat sera alors modifiée à condition que ce dernier puisse subsister sans cette dernière.

- 641** Finalement, une fois le contrat conclu, les éléments ayant pu vicier la conclusion pourront être supprimés, il s'agira tout d'abord d'offrir au consommateur un droit de rétractation lui permettant notamment de se défaire des pratiques commerciales agressives (Section 1)¹⁶⁷⁶, il s'agira ensuite, d'une suppression des clauses abusives (Section 2)¹⁶⁷⁷, et enfin si ces dernières solutions n'étaient pas suffisantes d'une annulation du contrat conclu (Section 3)¹⁶⁷⁸.

1676. p. 378 sqq.

1677. p. 381 sqq.

1678. p. 387 sqq.

Section 1 L'anéantissement après réflexion.

642 Une fois l'information obtenue, le consentement donné en connaissance de cause, le consommateur s'est trouvé confié une dernière protection qu'est celle du droit de réflexion. Ce dernier agit en réalité comme un terme de droit civil imposé légalement et déplaçant dans le temps la date de formation du contrat. Ce dernier, bien que trouvant son origine dans le droit de la consommation se trouve, sans être imposé par le Code civil, reconnu par l'avant-projet de la Chancellerie qui dispose au sein de son article 1123 que « lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai ». Cette disposition rend donc compte de ce qu'est le délai de réflexion, un moyen de déplacer dans le temps le moment de l'engagement de la partie à laquelle il est attribué ce qui lui permet d'affiner son choix, et si nécessaire, de décider de ne pas consentir.

Par ailleurs, la Loi dite HAMON¹⁶⁷⁹ a intégré à l'article L.121-18-2 l'interdiction, de principe¹⁶⁸⁰, pour le professionnel d'obtenir une contrepartie, sous quelque forme que se soit, dans un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat conclu hors établissement¹⁶⁸¹.

643 Ce dernier, se trouve en outre renforcé par le droit de repentir ou faculté de rétractation qui permet, en outre, au consommateur, qui aurait agi sous une pression quelconque, d'anéantir un contrat dont il ne souhaitait pas réellement. C'est alors ici une protection non pas de l'information du consommateur, mais de la lucidité la plus profonde de son engagement.

Ce droit de rétractation va donc plus loin que le simple délai de réflexion, car il annihile un contrat qui cette fois-ci est formé, et ne se contente donc pas de modifier le moment d'échange des consentements.

644 Ce caractère de protection de dernier recours explique qu'elle soit principalement incluse au sein de la section du Code de la consommation encadrant les contrats conclus à distance

1679. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

1680. Sauf exceptions listées aux alinéas second et suivants.

1681. Art. L.121-18-2 du Code de la consommation : « Le professionnel ne peut recevoir aucun paiement ou aucune contrepartie, sous quelque forme que ce soit, de la part du consommateur avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat hors établissement.

Toutefois, ne sont pas soumis au premier alinéa :

1° La souscription à domicile d'un abonnement à une publication quotidienne et assimilée, au sens de l'article 39 bis du code général des impôts ;

2° Les contrats à exécution successive, conclus dans les conditions prévues à la présente section et proposés par un organisme agréé ou relevant d'une décision de l'autorité administrative, ayant pour objet la fourniture de services mentionnés à l'article L. 7231-1 du code du travail ;

3° Les contrats conclus au cours de réunions organisées par le vendeur à son domicile ou au domicile d'un consommateur ayant préalablement et expressément accepté que cette opération se déroule à son domicile ;

4° Les contrats ayant pour objet des travaux d'entretien ou de réparation à réaliser en urgence au domicile du consommateur et expressément sollicités par lui, dans la limite des pièces de rechange et travaux strictement nécessaires pour répondre à l'urgence.

Pour les contrats mentionnés aux 1° et 2° du présent article, le consommateur dispose d'un droit de résiliation du contrat à tout moment et sans préavis, frais ou indemnité et d'un droit au remboursement, dans un délai de quinze jours, des sommes versées au prorata de la durée du contrat restant à courir ».

et hors établissement ¹⁶⁸². En effet, l'article L.121-21 du Code de la consommation offre au consommateur un délai de quatorze jours à compter de la conclusion du contrat de prestation de service ou de la réception du bien objet du contrat.

Ce décalage du point de départ du délai montre la volonté du législateur de protéger l'information du consommateur sur le produit. Cette vision est d'autant plus flagrante lors de contrats portant sur des biens. En effet, lorsque ce dernier est conclu à distance (par Internet, catalogue ou encore téléphone), la représentation que le consommateur se fait du bien peut être différente de la réalité, en outre, les délais de livraison peuvent être longs et placer le point de départ du délai au jour de la conclusion du contrat reviendrait à annuler ce droit lors de contrats dont les livraisons sont supérieures à ce délai de sept jours. Or, en fixant le départ du délai au jour de la réception, le législateur permet au consommateur de prendre connaissance physiquement du produit et ainsi de pleinement être renseigné sur ce dernier et d'exercer son droit de rétractation s'il lui semble nécessaire.

Sous l'ancien régime de l'article L.122-25 la jurisprudence avait en outre précisé que ce délai débutait au lendemain de l'engagement ¹⁶⁸³, et que la charge de la preuve de l'exercice de la faculté de rétractation pesait sur le consommateur ¹⁶⁸⁴, jurisprudence qui devrait alors être reprise sous le nouveau régime.

645 Enfin, cette faculté de rétractation, bien que retirant au consommateur un peu de l'influence de la violence, ou lui offrant le temps de se renseigner sur ses engagements, ne limitera pas pour autant la sanction des pratiques commerciales trompeuses ou agressives auxquelles aurait pu être soumis le consommateur. En effet, ce mécanisme offre au consommateur une faculté de se

1682. De la même manière, la directive 2011/83/UE dispose en son article 9 que « 1. En dehors des cas où les exceptions prévues à l'article 16 s'appliquent, le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement sans avoir à motiver sa décision et sans encourir d'autres coûts que ceux prévus à l'article 13, paragraphe 2, et à l'article 14.

2. Sans préjudice de l'article 10, le délai de rétractation visé au paragraphe 1 du présent article expire après une période de quatorze jours à compter :

- a) en ce qui concerne les contrats de service, du jour de la conclusion du contrat ;
- b) en ce qui concerne les contrats de vente, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien ou :
 - i) dans le cas de biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du dernier bien ;
 - ii) dans le cas de la livraison d'un bien composé de lots ou de pièces multiples, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du dernier lot ou de la dernière pièce ;
 - iii) dans le cas des contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie, du jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physique ment possession du premier bien ;
- c) en ce qui concerne les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel, du jour de la conclusion du contrat.

3. Les États membres s'abstiennent d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation. Cependant, dans le cas des contrats hors établissement, les États membres peuvent maintenir la législation nationale en vigueur qui interdit au professionnel de recevoir un paiement du consommateur pendant une période déterminée après la conclusion du contrat ».

1683. Cass. Crim. 5 octobre 1987 : Bull. crim. n° 334 ; D. 1987. IR 236.

1684. Cass. Civ. 1^{re}, 13 mars 1996 : RJDA 1996, n° 155.

retirer de plein droit de son engagement. Ainsi, toute relation contractuelle sera par son emploi anéantie et avec elle toutes les sources de responsabilités en découlant. Mais la responsabilité pouvant découler de la pratique commerciale elle-même, n'étant pas soumise à l'existence d'une convention, elle restera applicable même si le consommateur par le fait de l'utilisation de son droit de rétractation s'était émancipé de la déloyauté auquel il était soumis.

Par souci de simplification, il a été considéré que ce délai suivait l'acceptation, cette affirmation est en partie fausse, mais l'objet de la directive excluant les matières financière et immobilière ¹⁶⁸⁵, les délais précédant l'acceptation du contrat, et notamment celui offert lors de la conclusion d'un contrat de crédit immobilier ¹⁶⁸⁶, ont été omis.

646 Finalement, il importe de préciser qu'ici encore, le législateur de droit de la consommation a inspiré le législateur de droit civil qui sans imposer de droit de rétractation le reconnaît tout de même en affirmant que « lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir » ¹⁶⁸⁷. Cette position était par ailleurs déjà retenue par l'avant-projet CATALA qui définissait ce droit en son article 1110-2 comme « celui jusqu'à l'expiration duquel il est permis au destinataire de l'offre de rétracter discrétionnairement son consentement au contrat ».

1685. Dir. 2005/29/CE, considérant 9.

1686. Code de la consommation, art. L.312-10 :

« L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur.

L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi ».

1687. Article 23, alinéa 2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations porté par le ministère de la Justice, en sa version du 23 octobre 2013.

Section 2 La suppression des clauses abusives.

647 Finalement, et même après écoulement du délai de rétractation, le consommateur sera protégé contre les clauses abusives, dont il est intéressant de le souligner, la réglementation a été intégrée en droit britannique sous le vocable d'*unfair terms in contract* déjà utilisé par le législateur européen¹⁶⁸⁸, mais également où le récent *Consumer Rights Act* de 2015¹⁶⁸⁹, reprend l'obligation de loyauté dans l'imposition de clauses aux consommateurs. Ces clauses sont celles qui dans un contrat conclu entre professionnel et non professionnel « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »¹⁶⁹⁰. Cette protection est offerte d'une double manière, à l'instar de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales, une clause générale permet de qualifier les clauses abusives, il s'agit alors en droit français de l'article L.132-1 du Code de la consommation¹⁶⁹¹ qui précise en outre que « l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». Et cette clause générale est complétée par deux listes de clauses réputées déloyales soit de manière réfragable, soit de manière irréfragable.

648 À ce titre, il importe de préciser que la Cour de Justice de l'Union européenne, a apporté au soutien de cette qualification un développement intéressant¹⁶⁹². En effet, elle considère que les juges nationaux peuvent combiner l'application des règles relatives aux clauses abusives et de celles issues de la directive, les dernières offrant un élément parmi d'autres permettant de qualifier la clause en question d'abusives.

1688. En effet, la directive 93/13/CEE connue en France sous le nom de directive « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », mais en Angleterre sous celui de « *directive on unfair terms in consumer contracts* », a d'abord été intégrée au droit anglais par l'*Unfair terms in Consumer Contracts Regulation* de 1994 (SI N° 1994/3159), puis cette intégration a été modifiée par l'*Unfair terms in Consumer Contracts Regulation* de 1999 (SI N° 1999/2083).

1689. C.15, art 61 à 76.

1690. Code de la consommation, art. L.132-1.

Mais également *Consumer Rights Act* 2015, art. 62(4) : « A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer ».

1691. Mais il s'agit aussi en droit espagnol des articles un à trois de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*, BOE-A-1998-8789.

Ou encore en droit anglais de la première partie l'annexe deux du *Consumer Rights Act* de 2015.

1692. CJUE, 15 mars 2012, *Jana Pereničová et Vladislav Perenič contre SOS financ spol. s r. o.*, Aff. C-453/10, non encore publié(e) (Recueil général) ;

« Clauses abusives : annulation du contrat et TAEG trompeur », Recueil Dalloz, 2012, p. 805.

DELPECH X, « Clause abusive : le contrat ne peut être annulé en son entier », Dalloz actualité, 26 mars 2012 ;

« Conditions pour qu'une législation nationale puisse prévoir la nullité d'un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel contenant une clause abusive », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 22 mars 2012, act. 198.

Le droit de l'Union européenne, par le biais de la directive 93/13/CEE, avait souhaité une harmonisation minimale des règles concernant les clauses abusives permettant alors d'aider les vendeurs de biens et les prestataires de services dans leur activité en protégeant le citoyen dans son rôle de consommateur face à de telles clauses¹⁶⁹³. Ce faisant, elle n'avait proposé qu'un article permettant de qualifier une clause d'abusives et établi une liste de dix-sept clauses réputées abusives. Allant plus loin, car l'harmonisation n'était que minimale, le législateur français a choisi de distinguer entre les clauses réputées agressives en toutes circonstances (dite liste noire) et celles qui ne le sont que de manière réfragable (dite liste grise).

- Concernant la clause générale, la directive, reprise par l'article L.132-1 du Code de la consommation et l'article 82 du décret royal du 16 novembre 2007¹⁶⁹⁴, dispose que « dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Il s'agit alors pour le législateur de sanctionner l'exploitation déloyale d'une position dominante du professionnel dans le processus contractuel au détriment du consommateur. Or, si *a priori* les clauses abusives ne pouvaient être considérées comme déloyales, car si elles pouvaient être considérées comme contraires aux exigences de la diligence professionnelle, il semble difficile de considérer que de telles clauses altéreraient ou seraient susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur.

En effet, de telles clauses agiraient davantage comme repoussoir que comme élément attractif de clientèle.

Cependant, la volonté ici est de permettre d'éviter qu'un professionnel n'agisse de la même manière que celle qui aurait pu être prévue par une clause abusive sans toutefois le déclarer contractuellement.

- Ainsi, concernant la liste noire de l'article R.132-1 du Code de la consommation, plusieurs types de clauses irréfablement présumées abusives se recoupent avec le droit issu de la directive, ainsi :
 - alors que le fait de « réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre »¹⁶⁹⁵ sera considéré comme constitutif d'une clause abusive, le fait de ne pas informer le consommateur sur ces éléments pourra être qualifié de trompeur¹⁶⁹⁶ ;

1693. Dir. 93/13/CEE, sixième et septième considérants.

1694. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

1695. Code de la consommation, art. R.132-1, 3°.

1696. Dir. 2005/29/CE, art. 6.1.b.

— de la même manière, accorder au seul professionnel le droit de déterminer si le bien ou le service est conforme aux engagements sera abusif¹⁶⁹⁷ mais présenter faussement les caractéristiques principales du produit ou l'étendue des engagements du professionnel sera considéré comme déloyal¹⁶⁹⁸.

Il apparaît alors que rares seront les cas où une clause abusive sera considérée comme déloyale au sens de la directive.

A contrario, et c'est ce qui intéresse davantage l'objet de la présente étude, l'utilisation de pratiques commerciales déloyales pourra être considérée pour qualifier une clause d'abusives¹⁶⁹⁹.

En effet, le seizième considérant de la directive relative aux clauses abusives dispose que l'appréciation, selon les critères généraux fixés, du caractère abusif des clauses nécessite une exigence générale de bonne foi et que « dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière [...] à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause ». Or, tel que l'affirme M^{me} l'Avocat général TRSTENJAK, une pratique commerciale sera déloyale si elle porte atteinte à la capacité d'appréciation ou de décision du consommateur quant à un produit, et en tout état de cause, une pratique commerciale déloyale sera par définition contraire à l'exigence de bonne foi réclamée par ce considérant ainsi que le premier alinéa de l'article 3 de cette même directive¹⁷⁰⁰.

Cela ne signifiera pas que le simple fait qu'une pratique commerciale soit déclarée déloyale engendre l'existence d'une clause abusive, mais ce caractère déloyal de la pratique pourra être l'un des éléments permettant de déceler la possibilité de présence de clauses abusives.

649 Enfin, comme sous le régime de la loi de 1978, les clauses déclarées abusives seront réputées non écrites. En effet, l'article L.132-1 poursuit en affirmant dans son alinéa six que « les clauses abusives sont réputées non écrites » et entérine cette solution par son alinéa huit précisant que « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ». Ce raisonnement est par ailleurs identique à celui retenu en Espagne sous l'article 83 du décret royal du 16 novembre 2007¹⁷⁰¹.

1697. Code de la consommation, art. R.132-1, 4°.

1698. Dir. 2005/29/CE, art. 6.1.b et c.

1699. C'est d'ailleurs en ce sens que le rapprochement est fait entre les deux législations par l'Avocat général TRSTENJAK dans l'affaire C-453/10 précitée.

1700. Dir. 93/13/CEE, art.3, al. 1 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

1701. *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, tel que modifié par la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Il en résulte que la sanction des clauses abusives sera individuelle, et impliquera une nullité partielle, qui n'affectera pas tout le contrat, mais uniquement la clause litigieuse¹⁷⁰². Ainsi, l'élimination de celle-ci retirera le déséquilibre significatif existant au profit du professionnel, mais laissera subsister le reste du contrat.

Cependant, il importe de préciser que la subsistance du contrat ne saurait perdurer que si la clause déclarée abusive n'était pas fondamentale au contrat. En effet, si tel était le cas, et puisqu'il n'est pas autorisé aux magistrats de réécrire le contrat pour qu'il soit conforme à la nécessité de bonne foi, celui-ci ne lierait plus les parties, car privé de sa substance.

650 Cela étant, cette sanction reste alors peu efficace. En effet, la clause disparaîtra du contrat de l'espèce, mais restera présente dans l'ensemble des autres contrats d'adhésion proposés par le professionnel. C'est pourquoi, dans sa version issue de la loi du 5 janvier 1988, modifiée par la loi du 1^{er} février 1995, l'article L.421-6 du Code de la consommation permettait aux associations de protection des consommateurs agréées de demander la suppression des clauses abusives contenues dans les contrats habituellement proposés par un professionnel aux consommateurs. Aujourd'hui, la rédaction de L.421-6 a été modifiée en vue d'un élargissement des possibilités offertes. Cela étant, la suppression des clauses abusives des contrats types habituellement proposés demeure possible à travers cet article¹⁷⁰³.

Cette possibilité offre un double intérêt, d'une part, elle permet une sanction collective des clauses abusives, et d'autre part, elle permet d'intervenir en amont du processus contractuel en ayant vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée¹⁷⁰⁴.

Cela étant, si l'association agréée peut demander le retrait des clauses abusives des contrats habituellement proposés par le professionnel, elle ne pourra en aucun cas agir sur les contrats déjà conclus¹⁷⁰⁵, il restera alors à la charge du consommateur victime d'en demander la sanction individuelle.

Enfin, un pouvoir similaire est accordé aux autorités administratives chargées de la concurrence et de la consommation qui peuvent au titre de l'article L.141-1 du Code de la consom-

1702. La même solution est retenue par le droit espagnol qui affirme alors que « 1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. 2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo. », Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, BOE-A-1998-8789, art. 10

1703. Voir en ce même sens, Capítulo IV de la L-CGC.

1704. Cass. Civ. 1^{re}, 3 février 2011 : Bull. civ. I, n° 23 ; BICC 1^{er} juin 2011, n° 724, et les obs. ; D. 2011. 1659, note CHANTEPIE ; *ibid.* Actu. 510, obs. DELPECH ; RTD civ. 2011. 350, obs. FAGES ; RTD com. 2011. 404, obs. BOULOC ; JCP 2011, n° 414, note PAISANT ; JCP E 2011, n° 1285, note DUPONT ; CCC 2011, n° 102, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2011. 2864, note PIEDELIÈVRE ; LPA 13 mai 2011, note FALAISE ; RJDA 2011, n° 468 ; Dr. et proc. 2011. 145, note VALETTE-ERCOLE ; RLDA mars 2011. 41, obs. LECOURT ; RLDC avril 2011. 11, obs. PAULIN ; Loyers et copr. 2011. Repère 3, par MONÉGER ; Rev. loyers 2011. 109, note RÉMY.

1705. Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005 : Bull. civ. I, n° 62 ; D. 2005. AJ 487, obs. RONDEY (3^e esp.) ; JCP eod. loc. ; CCC eod. loc.

mation, demander aux juridictions civiles ou administratives, le retrait des clauses illicites ou abusives contenues dans des contrats habituellement proposés aux consommateurs¹⁷⁰⁶.

- 651** Finalement, il convient d'indiquer ici que l'avant-projet de réforme du droit des obligations étend l'interdiction des clauses abusives qui n'étaient alors considérées qu'en matière de contrats de consommation ou de baux d'habitation à tout type de contrats¹⁷⁰⁷.

Bien sûr, les listes ne sont pas reprises, mais l'interdiction générale est présente.

Il convient cependant de rappeler que la jurisprudence, se fondant sur le principe de bonne foi et sous le visa de l'article 1134 du Code civil, avait déjà pu appliquer le régime des clauses abusives en dehors du droit de la consommation¹⁷⁰⁸.

- 652** En tout état de cause, le droit commun vient ici montrer l'impact qu'a sur lui le droit de la consommation. En effet, si cette sanction des clauses abusives existe également en matière commerciale où le Code de commerce interdit par son article L.442-6.I.2 de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », c'est bien l'esprit du droit de la consommation qui imprègne ici le futur droit commun. En effet, pour s'en convaincre, il suffit de procéder à la distinction de ces deux régimes¹⁷⁰⁹, alors que le droit commercial permet un jeu de ses dispositions afin de sanctionner la lésion, le droit de la consommation n'opère pas quant aux déséquilibres de valeurs. Or en l'espèce, le projet de réforme propose d'exclure de tels déséquilibres. En effet, il dispose que l'appréciation du déséquilibre ne pourra porter sur l'adéquation du prix à la prestation, et que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

Si ici le droit commun permet au droit commercial de subsister par son caractère spécial, il se conforme avant tout à l'esprit du droit de la consommation, il s'agit alors de sanctionner le déséquilibre de pouvoir et, comme en droit de la consommation, de protéger la partie la plus faible.

Il sera alors possible de considérer cette proposition comme une transition sociale où le consommateur ne sera plus le seul à être considéré comme une partie faible, et où l'état de faiblesse ne se trouve pas soumis à la condition d'un lien entre professionnel et profane, mais où le consommateur, ici devenant un citoyen, pourra être abusé par un pair.

1706. Code de la consommation, art. L.141-1, VI : « L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut également demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. Elle peut, après en avoir avisé le procureur de la République, agir devant la juridiction civile, pour demander au juge d'ordonner, au besoin sous astreinte, toute mesure de nature à mettre un terme aux manquements à des obligations contractuelles ou aux agissements illicites mentionnés aux I, II et III. Les modalités de mise en œuvre de ces procédures sont fixées par décret en Conseil d'État. »

1707. Article 1169.

1708. Cass. Civ. 1^{re}, 25 janvier 1989 : D. 1989, p. 253, note MALAURIE ;

Cité par PICOD Y., « L'influence de la bonne foi sur le droit de la consommation », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 5, Septembre 2011, dossier 28.

1709. CHANTEPIE G., « La réforme en pratique : les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats. », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution*, 2015, p. 121.

653 Dès lors, si le droit commun reprenait l'idée du droit de la consommation, il serait utile de se demander si la subsistance de la règle spéciale est encore nécessaire. En effet, en cas de suppression de ces dispositions spéciales, ce rapport de consommation pourrait être considéré, dans une société moderne ou un consommateur diligent peut rétablir l'équilibre des positions par une information accrue notamment par le média d'Internet utilisé par différents agents protecteurs des consommateurs, comme un simple élément permettant de qualifier la pratique d'abusives après une étude *in concreto* de l'existence ou non du déséquilibre.

Enfin, il serait nécessaire de savoir si le relevé d'office de la clause abusive par le juge judiciaire imposé par l'article L.141-4 du Code de la consommation ne devrait pas, lui aussi, être élargi au droit commun. En effet, si la volonté du législateur réformant le droit commun des obligations est de lutter contre les clauses abusives, il serait nécessaire de confier au juge tout l'arsenal nécessaire à cette œuvre. Cependant, la subsistance de cet article et l'exclusivité de l'existence de la disposition au sein du Code de la consommation justifieraient, à elles seules, la nécessité de coexistence des deux régimes.

Section 3 L'annulation du contrat.

654 Finalement, le contrat en son entier pourra être annulé. En droit commun, un contrat est nul quand l'un au moins des contractants n'a pas consenti ou a donné un consentement vicié¹⁷¹⁰. Par ailleurs, la nullité est généralement régie par la règle selon laquelle il n'y aurait « pas de nullité sans texte »¹⁷¹¹. Cependant, cette règle ne vise que quelques matières et en ce qui concerne l'objet des présents travaux, elle peut être dépassée. En effet, si l'article L. 122-5 du Code de la consommation dispose que « lorsqu'une pratique commerciale agressive aboutit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est nul et de nul effet », les pratiques commerciales trompeuses pourront généralement générer un vice du consentement des consommateurs engendrant la nullité du contrat. Il est d'ailleurs indifférent que la loi ait prévu ou non de manière expresse cette nullité. Ainsi, il arrive qu'elle prohibe un comportement ou impose une conduite sans indiquer sa sanction ; dans de tels cas, les magistrats pourront tout de même annuler les contrats conclus au mépris de ladite disposition¹⁷¹².

Ainsi, la nullité, qui frappera le contrat objet d'un consentement vicié ou non lucide, entraînera un anéantissement rétroactif du contrat. Il s'agira alors d'appliquer l'adage *quod nullum est nullum producit effectum*, mais celle-ci pourra intervenir en l'absence de vice du consentement.

Cette distinction rappelle en outre la division entre nullité relative et nullité absolue et sa théorie moderne considérant que la nullité relative vient réagir face à l'atteinte à un intérêt privé alors que la nullité absolue offre une réaction face aux pratiques portant atteinte à l'intérêt général¹⁷¹³.

Or, cette division est primordiale, car elle permet :

- de savoir si cette nullité est encourue de plein droit : ce qui sera le cas de la nullité absolue, ou doit être prononcée par un juge en cas de nullité relative ;
- de qualifier les personnes pouvant agir en nullité. En effet, l'ouverture de l'action dépendra de l'intérêt à agir. Ainsi, si en cas de nullité relative seule la personne, dont l'intérêt privé violé, a un intérêt et donc une possibilité d'action, en cas de nullité absolue, toute personne ayant un intérêt à agir pourra le faire.

D'ailleurs, les différents projets de réforme du droit des obligations reprennent cette règle de limitation de la possibilité d'action aux personnes protégées¹⁷¹⁴, malgré un aménagement déjà

1710. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., Droit de la consommation, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé), 721 p., n° 157.

1711. PICOD Y., « Nullité », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, Juin 2014.

1712. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., [s.l.] : Sirey : Dalloz, 2014, n° 323.

1713. PICOD Y., « Nullité », op. cit. n° 24 ;

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, op. cit., n° 328 ;

TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., Droit civil les obligations, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 88.

1714. Art. 1129-3 de l'avant-projet CATALA ; art. 1181 du projet d'ordonnance porté par la Chancellerie portant réforme du droit des contrats

existant en droit de la consommation permettant aux juges de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation ¹⁷¹⁵.

655 Ensuite, concernant le prononcé de la nullité et son effet dans le temps, deux situations seront possibles : soit la nullité aura été déclarée avant l'exécution du contrat, dans quel cas la nullité aura effet pour l'avenir, c'est-à-dire qu'il s'agira en l'espèce de laisser les choses en l'état ; soit la nullité aura été déclarée après exécution du contrat, dans quel cas, elle devra agir sur l'avenir, mais aussi sur le passé. En effet, la nullité se caractérise par son caractère rétroactif, duquel il découle une nécessité de retour au *statu quo ante*. Il s'agit alors de remettre les parties dans une situation correspondant à celle qui aurait été la leur si aucun contrat n'avait été conclu.

C'est alors ainsi que Jean CARBONNIER disait qu'il s'agissait alors d'un « contrat synallagmatique renversé » ¹⁷¹⁶. Cependant, une telle restitution n'est, en pratique, pas aussi aisée, et impose donc certains tempéraments, et notamment en ce qui concerne les fruits produits par la chose, objet du contrat. En effet, selon une théorie classique de la restitution, il semblerait que les fruits de la chose dussent être restitués au même titre que la chose. Il s'agirait alors d'appliquer le fameux adage selon lequel *accessorium sequitur principale*. En effet, le principal qu'est la chose a été obtenu sans droit, puisque le droit créé par le contrat a été rétroactivement anéanti, de la même manière, ses accessoires que sont les fruits ont été obtenus sans droit. Cela étant, ces fruits sont normalement destinés à être consommés, c'est pourquoi, l'article 549 du Code civil, permet, aux possesseurs de bonne foi, de les conserver ¹⁷¹⁷. La volonté est alors ici, non pas de distinguer entre le possesseur de bonne foi et celui qui l'est de mauvaise foi, dans une volonté punitive, mais au contraire, suivant une volonté de protection du cocontractant qui aurait consommé les produits de la chose qu'il possédait de bonne foi.

Ici, le projet de réforme de la Chancellerie distingue également l'objet des restitutions selon la bonne ou la mauvaise foi des parties. Ainsi, l'article 1353-3 dispose-t-il que « la partie de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits ou la compensation de la jouissance à compter du paiement [; alors que] La partie de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande ». un tel décalage aura pour effet de prévenir la mauvaise foi pouvant naître au moment de la demande de la restitution.

656 De la même manière l'application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, pourrait permettre d'aménager le principe de restitution, non pas à la poursuite d'un objectif de protection, mais cette fois-ci de sanction. Ainsi, la nullité du contrat découlant d'une pratique commerciale déloyale qui aurait vicié le consentement du consommateur serait source d'exonération de l'obligation de restitution pesant sur la victime initiale de cette dernière. En d'autres termes, le consommateur, victime de la pratique commerciale déloyale pourrait demander la

1715. Code de la consommation, art. L.141-4.

Il ne s'agira, par cette disposition, non pas de nier l'exclusivité de l'ouverture de l'action offerte aux consommateurs-victimes, mais de permettre aux juges lors d'un litige déjà soulevé de retenir des dispositions qui n'auraient pas été évoquées par ces derniers.

1716. Carbonnier J., Droit civil., Paris : Presses universitaires de France, 2000.

1717. Dans le cas, contraire, il est tenu de les restituer, ou d'en payer la valeur estimée à la date du remboursement.

nullité de la convention née de cette dernière pratique sans que l'entreprise puisse obtenir restitution puisque cette dernière n'aurait pas été nécessaire en l'absence de sa turpitude.

Ce raisonnement rejoindrait ainsi l'esprit du texte régissant les ventes et prestations de service non désirées de l'article L.123-3 du Code de la consommation. En effet, ce dernier interdit au professionnel d'exiger le paiement, le renvoi ou la conservation de biens envoyés au consommateur sans commande préalable, puis, il déclare les conventions formées suivant cette pratique nulles et de nul effet, précisant enfin que le professionnel s'il a perçu des sommes sans engagement exprès et préalable du consommateur doit les restituer, et le cas échéant avec addition d'intérêts fixés selon le taux légal.

Enfin, pour limiter l'insécurité juridique née de ce caractère rétroactif de la nullité, le projet de réforme porté par la Chancellerie prévoit en son article 1183 qu'« une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion » ou « proposer à la victime de l'erreur d'opter pour l'exécution du contrat dans les termes qu'elle avait compris lors de sa conclusion ».

657 Finalement, il convient de rappeler qu'une fois le contrat anéanti par la nullité, si un préjudice persiste, la victime pourra alors agir en responsabilité civile extracontractuelle afin d'obtenir une indemnisation ¹⁷¹⁸.

Dans de tels cas, le retour au régime de la responsabilité civile extracontractuelle sera alors nécessaire et il s'agira pour la victime de démontrer les trois éléments nécessaires à sa mise en œuvre que sont la faute, le préjudice, et le lien de causalité unissant ces deux derniers.

Ainsi, la section 2 du *Misrepresentation Act* de 1967 précise que lorsqu'une partie est entrée en contrat avec une autre et qu'il est démontré que cette dernière l'a trompé, et qu'il résulte de cette tromperie une perte pour la victime, l'auteur peut être tenu responsable du dommage non seulement si la déclaration trompeuse avait été effectuée de manière frauduleuse, mais aussi si la fraude n'apparaissait pas, à moins que dans ce dernier cas, l'auteur prouve qu'il avait des raisons de croire et croyait que la déclaration était vraie ¹⁷¹⁹. Cette addition ne doit en outre pas être confondue avec l'alternative proposée en point deux de cette même section disposant que si l'équité le dicte, il est possible de substituer à l'annulation d'un contrat conclu après une déclaration fausse opérée de manière non frauduleuse une allocation de dommages-intérêts ¹⁷²⁰.

658 De la même manière, le paragraphe 376 du *Restatement of contract* affirme que la partie qui aura annulé un contrat, notamment sur la base d'une erreur, d'une présentation fausse, de la vio-

1718. Voir not. Cass. Civ. 3^e, 18 mai 2011, n° 10-11.721, RDC 2011/4, p. 1139, obs. GENICON ; RLDC 2011/84, n° 4296, obs. PAULIN ; JCP 2011, n° 22, obs. SERINET, cité par PICOD Y., « Nullité », in Répertoire de droit civil, [s.l.] : Dalloz, septembre 2013, n° 111.

1719. *Misrepresentation Act 1967*, 1967 CHAPTER 7, 22 mars 1967, Section 2 :1.

1720. *Ibid*, Section 2 :2.

lence, ou d'une influence injustifiée pourra en outre demander restitution de tous les bénéfices qu'il aura conférés à l'autre partie du fait de son exécution partielle ou de son accord ¹⁷²¹.

Cependant, la loi américaine suivant une logique aristotélicienne, il convient de préciser que la partie qui demandera restitution devra elle aussi retourner les bénéfices réalisés au moyen de l'exécution de l'autre partie ¹⁷²². L'idée est alors un réel retour au *statu quo ante*, plutôt qu'une sanction de l'auteur des vices du consentement.

Finalement, le législateur anglais fait montre de son pragmatisme et prévoit, lors de la vente de biens ou de produits digitaux, que le consommateur pourra demander une réduction du prix du bien, du produit digital, ou encore du service, délivré par le professionnel, qui ne correspond pas aux attentes du consommateurs ¹⁷²³.

659 Pour conclure, l'étude de l'application du droit contractuel à l'aune de la directive 2005/29/CE démontre un rapprochement grandissant entre le droit anglais et le droit de tradition romano-germanique.

En effet, si le droit anglais se refuse à reconnaître une obligation générale de loyauté contractuelle, la transposition de cette directive l'oblige à déroger, une nouvelle fois, à sa position. Il en découle que l'absence d'obligation générale de loyauté, qu'était le principe, devient peu à peu une exception.

Enfin, la notion d'ordre public, vient ici, faire montre d'un sursaut d'autorité. En effet, c'est protégeant ce dernier que les pratiques qui auront été contraires à une norme établie pourront entraîner la nullité de la convention qui en serait née ¹⁷²⁴.

660 Pour le reste, droit anglais et droit continental sont largement similaires. Cette similitude s'explique par le fait que de nombreuses dispositions concernant l'obligation d'information ou encore l'interdiction des clauses abusives ont été sources de textes législatifs européens et donc transposés à travers l'ensemble de l'Union.

Concernant enfin les vices du consentement, ces derniers sont présents tant dans les droits de tradition romano-germanique que dans ceux issus de la *common law*.

661 Enfin, lorsqu'il est question de sanctionner les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, sur le fondement du droit contractuel, la tradition de *common law* sera largement similaire à celle dominant le continent européen.

Un véritable droit occidental des contrats semble donc en train de naître. C'est d'ailleurs, portés par ce constat, que de nombreux projets et propositions européennes d'harmonisation du droit européen des contrats ont été établis.

1721. Restatement, Second, Contracts §376 : « A party who has avoided a contract on the ground of lack of capacity, mistake, misrepresentation, duress, undue influence or abuse of a fiduciary relation is entitled to restitution for any benefit that he has conferred on the other party by way of part performance or reliance ».

1722. Restatement, Second, Contracts §384.

1723. Voir en ce sens *Consumer Rights Act*, 26 mars 2015, art. 24, 44, et 56.

1724. Voir v° Ordre public.

Un tel établissement serait alors favorable à une plus grande lisibilité du droit européen, ainsi qu'à une construction de l'Union et pourrait, *in fine*, constituer la première pierre de la construction d'un droit occidental des contrats qui aurait une influence globale.

Finalement, s'il est relativement aisé de rapprocher les droits des contrats occidentaux, il en est autrement des droits extracontractuels.

TITRE II

LE DROIT EXTRACTIONNEL.

662 De manière générale, tant les droits civils que ceux de *common law* offrent un recours efficace contre un ensemble de comportements jugés fautifs. Ces deux systèmes reposent en outre sur un même schéma fondant la responsabilité extracontractuelle (Chapitre 1) ¹⁷²⁵. Cela étant, là où ces deux systèmes diffèrent le plus grandement est en ce qui concerne l'effet de la responsabilité ainsi qualifiée (Chapitre 2) ¹⁷²⁶.

1725. p. 393 sqq.

1726. p. 435 sqq.

Chapitre 1 Les fondements de la responsabilité.

663 Bien qu'il existe un régime de responsabilité sans faute, ou *strict liability*¹⁷²⁷, il convient de préciser de manière préliminaire, que de tels types de responsabilités doivent être exclus en la matière. En effet, la loyauté ici encadrée requiert de limiter la responsabilité aux actes (agissements ou omissions) fautifs. C'est dès lors le mécanisme de considération de ces actes qui diffère selon les systèmes et non le fondement profond. En effet, alors que le système français, comparable à celui appliqué dans d'autres États, base la responsabilité sur la commission d'une faute entendue au sens large, le système de la *common law* choisit quant à lui de se concentrer plus spécifiquement sur plusieurs *torts*. Il n'en ressort pas moins que le *tort* ainsi pris en considération consiste en la commission d'une faute et que la faute plus largement entendue consiste souvent en la commission d'un délit.

Ainsi, qu'il soit nommé *tort* ou faute, la responsabilité de droit commun extracontractuelle dépendra tant dans les systèmes de droit civil que dans ceux de *common law* en la réunion d'une faute (Section 1)¹⁷²⁸, source (Section 2)¹⁷²⁹ de dommage (Section 3)¹⁷³⁰.

1727. Voir not. pour un développement comparatif au sujet de ce type de responsabilité : European Centre of Tort and Insurance Law, BUSNELLI F.D., COMANDÉ G., COUSY H., DROSHOUT D., FAURE M., FEDTKE J., MAGNUS U., GALAND-CARVAL S., GILEAD I., KERAMEUS K.D., KOCH B.A., KOZIOL H., MARTÍN-CASALS M., RIBOT J., SOLÉ J., NEETHLING J., NESTEROWICZ M., BAGIŃSKA E., PERRON E. DU, BOOM W.H. VAN, ROGERS W.V.H., SCHWARTZ G.T., TICHY L. ET WIDMER P., *Unification of tort law : strict liability*, The Hague ; London, New York : Kluwer Law International, 2002 (Principles of European tort law, vol. 6).

1728. p. 394 sqq.

1729. p. 410 sqq.

1730. p. 418 sqq.

Section 1 La faute.

664 Le droit civil français a pour principale force de pouvoir se reposer sur la notion universelle de faute, cette dernière permet ainsi d'appréhender une multitude de comportements en laissant aux magistrats le pouvoir de les qualifier ou non de fautifs (§1) ¹⁷³¹. À l'inverse, la *common law* est réticente à l'emploi de concepts aussi larges et préfère imposer une responsabilité reposant sur la commission de *torts* qualifiés, et ce même si la négligence et les mécanismes d'analogies permettent en définitive d'appréhender un ensemble vaste de comportements (§2) ¹⁷³².

§1 Le principe général de responsabilité de droit civil.

665 Alors que primitivement la distinction entre responsabilité civile et pénale n'existait pas, on est arrivé, passant par la substitution de la composition à la vengeance privée, à séparer la peine, sanction de l'atteinte à l'ordre public, de l'indemnisation de la victime.

La base de l'indemnisation était alors le dommage subi sans réelle prise en considération de la conduite de l'auteur. L'évolution a donc été de prendre en considération les différentes conduites de l'auteur, ce qui a mené à ne prendre en compte que certains délits nommés, le système était alors identique à celui des *torts* de *common law*. Puis sous l'influence du droit canonique, ces délits nommés ont laissé place à la faute entendue au sens le plus large permettant à la victime d'être indemnisée des dommages causés par toute faute commise par l'auteur. Bien que depuis la notion de risque a été considérée pour faciliter cette indemnisation, la notion de faute reste le fondement de la responsabilité édictée par le Code civil français.

666 Ainsi dispose-t-il que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » ¹⁷³³, précisant ensuite que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence » ¹⁷³⁴. Il en découle alors que toute faute, commise volontairement ou par négligence ou imprudence engage la responsabilité de son auteur. La faute est alors entendue très largement ce qui pourrait aller dans le sens d'une modification de la nomination traditionnelle de cette responsabilité, passant de responsabilité pour faute à responsabilité pour préjudice. Il serait en ce sens possible de s'approcher de la considération opérée de l'autre côté des Pyrénées où la responsabilité ici étudiée est celle de la responsabilité pour préjudice ou *responsabilidad civil por daños*, malgré une formulation quasi identique de son article support ¹⁷³⁵,

1731. p. 394 sqq.

1732. p. 401 sqq.

1733. Code civil, art. 1382.

1734. Code civil, art. 1383.

1735. *Código Civil, artículo 1902* : « *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado* ».

Voir aussi pour le caractère primordial du préjudice comme élément de la responsabilité civile : REGLERO CAMPOS L.F. (dir.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2a. ed, Cizur Menor, Navarra : Thomson/Aranzadi, 2003 (Colección Monografías Aranzadi, 220), 2022 p., p.220.

ou de la situation en vigueur outre-Rhin retenant également une responsabilité en réparation du dommage causé¹⁷³⁶.

667 Or, la faute n'est pas définie légalement, tout au plus, son élément légal, reposant sur les textes cités plus tôt, se pare d'un caractère général, permettant ainsi de distinguer la faute civile de la faute pénale en ce sens qu'alors que la faute pénale nécessite une disposition suffisamment précise¹⁷³⁷, la faute civile se satisfait de formules générales.

Cependant, la faute civile peut être définie comme « la violation d'une obligation préexistante »¹⁷³⁸.

En réalité, bien que cette définition ne satisfasse, et avec raison, la majorité de la doctrine, elle sera, au sein de ces travaux, suffisante. En effet, la directive étudiée est d'essence pénale, ses dispositions devant être transposées selon un principe d'harmonisation maximale constituent donc des obligations préexistantes. Il s'agit d'obligations de ne pas faire, plus précisément, de ne pas employer de pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs.

Autrement dit, le non-respect de cette obligation sera constitutif d'une faute civile. Il s'agit alors d'une solution classique permettant de qualifier tout acte de concurrence illégale d'agissement déloyal¹⁷³⁹.

Mais plus largement, il s'agit en réalité de l'application du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil¹⁷⁴⁰ trouvant application des deux côtés des Pyrénées. En effet, à l'instar du droit français, le législateur espagnol a disposé de manière explicite au sein de son code

1736. BGB, § 823 « Schadensersatzpflicht :

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein. ».

1737. Suivant la formule du principe de légalité pénale, *nullum crimen sine lege*.

1738. PLANIOL M., « Etudes sur la responsabilité civile. », Rev. crit., n° 283, 1905 ;

PLANIOL M., Traité élémentaire de droit civil, 9e éd., Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1923 (Tome 2).

Certains auteurs préfèrent ici parler de délit civil et pénal, entendant le délit pénal comme une infraction préjudiciable à l'ordre public et le délit civil comme la faute créatrice d'un préjudice pour autrui : LE TOURNEAU PH. (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), n°s 563 sqq..

1739. En ce sens : Cass. com., 21 janvier 2014, 12-25.443, F-D, Sté éts L. Marchetto c/ SAS Revival : JurisData n° 2014-000659 ; mais également, Cass. com., 21 février 1967 : Bull. civ. 1967, II, n° 82 ; Cass. com., 18 octobre 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 299.

Cités par MALAURIE-VIGNAL M., « Une concurrence illicite est une concurrence déloyale. », CCC n° 4, Avril 2014, comm. 92.

1740. Posé pour la première fois par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 décembre 1912, S. 1914.1.249, note MOREL.

De la même manière, les juges belges considèrent que « la transgression d'une norme légale est constitutive d'une faute », il n'est alors pas uniquement question de la violation de normes pénales, mais il convient de considérer que ces règles seront nécessairement incluses. Bruxelles, 28 avril 1992, J.L.M.B., 1994, 40, se référant à Cass. 22 septembre 1988.

pénal que l'accomplissement d'un délit oblige son auteur à réparer les préjudices en découlant¹⁷⁴¹.

En effet, toutes les violations de règles préexistantes ne seront pas constitutives de fautes civiles. Ce ne sera notamment pas le cas lorsque la règle violée sera de nature déontologique. En ce sens, un récent arrêt vient de mettre fin à quatorze années de jurisprudence qui affirmait le contraire¹⁷⁴². L'identité alors consacrée ne sera qu'entre faute civile et faute pénale.

Or, cette autorité joue un rôle plein et entier lorsque l'auteur est jugé coupable d'une infraction¹⁷⁴³. Autrement dit, lorsqu'un juge pénal aura jugé qu'une infraction pénale a été commise, le juge civil ne pourra pas juger le contraire¹⁷⁴⁴, ni considérer qu'il n'en découle pas de faute civile¹⁷⁴⁵. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris avait pu affirmer que « la violation [...] des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce constitue des fautes délictuelles justifiant l'action en réparation engagée [...] sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »¹⁷⁴⁶, ou que la Cour d'appel de Toulouse a pu retenir la contravention à l'article L.121-36 du Code de la consommation, relatif aux loteries, comme source de responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil¹⁷⁴⁷.

668 Cela étant, cette identité entre la faute civile et la faute pénale, n'empêchera pas, qu'en cas d'action civile, il sera nécessaire que la partie civile démontre la constitution d'un délit constitutif d'une faute.

Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle jugé, en matière de publicité trompeuse que « les dispositions des articles L.121-2 du Code de la consommation et 3 de l'ar-

1741. Código penal, Artículo 109 : « 1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en la Leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. »

Il est alors particulièrement intéressant de noter ici l'identité considérée entre la faute et le délit par le législateur pénal espagnol.

Voir également : BUSTO LAGO J.M., « La responsabilidad civil en el proceso penal », in J.M. BUSTO LAGO et L.F. REGLERO CAMPOS (dirs.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a éd., Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi-Thomson Reuters, 2013.

1742. Cass. com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, P+B+R : JurisData n° 2013-018905 ; JCP G 2013, 1203, BRIGANT ; RJDA 2013, p. 819, rapp. MOUILLARD ; D. 2013, p. 2164, obs. CHEVRIER ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 707, BARBIERI.

1743. À l'inverse lorsque la décision pénale est une décision de relaxe, bien que l'action civile menée devant les juridictions pénales n'est qu'accessoire à l'action pénale : Cass. crim. Arrêt n° 5762 du 18 novembre 2014 (13-88.240) ECLI :FR :CCASS :2014 :CR05762 et que donc les juridictions pénales « ne peuvent se prononcer sur l'action civile qu'autant qu'il a été préalablement statué au fond sur l'action publique » ce qui ne veut pas dire que la démonstration d'une faute civile est impossible. Voir not. Cass. crim. 28 nov. 1989 Bull. crim. n° 441 ; Cass. crim. 13 avril 1992, Bull. crim. n° 158.

1744. Cass., 2^e civ., 17 décembre 1998 : Bull. civ. 1998, II, n° 669.

1745. BRUN PH., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris : LexisNexis, 2014, n° 72.

1746. CA Paris, 28 juin 2002, n° 00-10676, 25^e ch. A ;

CLAUDEL E., « Conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle : où l'on mesure la difficulté de chiffrer le préjudice réparable », *RTD Com. Dalloz*, 2003, p. 77.

Voir comparativement Cass. com. 29 janvier 2002, CCC, août-septembre 2002, n° 124, obs. MALAURIE-VIGNAL ; considérant qu'une clause illégale, car contraire aux conditions de l'article L.420-1 du Code de commerce, peut être sanctionnée par sa nullité, voir par celle du contrat en son entier.

1747. CA Toulouse, 4 mai 2004, n° 03/00459 ; CA Paris, 20 avril 2000, n° 1997/23454.

rété du 2 septembre 1977, qui permettent aux enquêteurs d'exiger de l'annonceur la mise à leur disposition de tous les éléments propres à justifier leurs allégations, indications ou présentations publicitaires, ne dispensent pas la partie poursuivante de rapporter la preuve de tous les éléments constitutifs du délit »¹⁷⁴⁸.

Ce mécanisme se distingue alors des dispositions des articles 706-3 et suivants du Code de procédure pénale offrant un recours en indemnité à certaines victimes de dommages résultants d'une infraction¹⁷⁴⁹. En effet, ce système n'est offert qu'aux victimes ayant subi une atteinte grave de fait ayant entraîné la mort, une ITT d'un minimum de trois mois, de viol, ou encore d'atteinte à la pudeur¹⁷⁵⁰.

669 En tout état de cause, et même si certaines pratiques commerciales déloyales pouvaient passer entre les mailles, pourtant fines, du filet jeté par la directive¹⁷⁵¹, la notion plus large de la faute, qui peut être caractérisée comme une « erreur ou une défaillance de conduite »¹⁷⁵², permettrait de responsabiliser tous les agissements contraires à la norme sociale¹⁷⁵³. Ainsi, l'absence de condamnation pénale n'empêchera pas de poursuivre sur le fondement de la responsabilité subjective pour concurrence déloyale. Et les Hauts magistrats ont pu affirmer que « l'existence d'une pratique commerciale trompeuse ne conditionne pas le succès d'une action en concurrence déloyale »¹⁷⁵⁴.

En effet, de nombreux arrêts démontrent que le non-respect de l'obligation de bonne foi ou de loyauté peut être « sanctionné » par la responsabilité de son auteur. Ainsi en est-il notamment du dol ou encore de la réticence dolosive effectuée dans le but d'obtenir la conclusion d'un

1748. Cass. crim., 18 mars 2008 : JurisData n° 2008-043453 ; Dr. pén. 2008, comm. 70, obs. ROBERT cité par LEPAGE A., « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007 - avril 2008) », Droit pénal n° 5, Mai 2008, chron. 4.

1749. Considéré par la Haute juridiction comme un régime de réparation autonome : Civ. 2^e, 18 juin 1986 : Bull. civ. II, n° 93 ; 1^{er} juill. 1992 : Bull. crim. n° 179 ; Dr. pénal oct. 1992, obs. MARON ; RCA 1992. Comm. 407.

1750. C. 706-3 (Circ. du 27 décembre 1990).

1751. Notamment à cause du principe de la légalité criminelle.

1752. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations, le fait juridique, 14^e éd, Paris : Sirey, 2011 (Sirey université), 533 p. citant not. MAZEAUD et TUNC.

1753. Il serait alors possible comme le propose le rapport TERRÉ, de se référer à la notion déjà utilisée dans les droits germaniques d'illicéité ; voir rapport TERRÉ, art 5 : « La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite.

Un fait est illicite quand il convient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence ».

Voir pareillement le commentaire qui y est rattaché, BLOCH C., « Définition de la faute », in F. TERRÉ (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), p. 101 sqq..

Ainsi seraient illicites, les contraventions tant aux devoirs légaux que sociaux. Mais il convient tout de même de préciser que le caractère universaliste de la responsabilité civile délictuelle rend malaisée la présentation des rapports entre l'illicéité et la faute, l'un et l'autre étant tout à la fois une condition et le produit de l'autre.

Il importe en outre de préciser que l'illicite devra nécessairement être considéré objectivement, c'est-à-dire comme un fait qui viole l'ordre juridique et social. En effet, accepter une approche subjective serait faire revenir la notion d'imputabilité qui n'est pas souhaitable en la matière.

1754. Cass. Com., 10 septembre 2013, 12-24.380, Inédit.

contrat¹⁷⁵⁵, de la mise en scène trompeuse¹⁷⁵⁶, ou parfois même de l'intégration de clauses abusives au sein d'un contrat¹⁷⁵⁷.

De la même manière, l'action en concurrence déloyale, par son fondement reposant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, permet, outre la protection des intérêts individuels des concurrents, aux acteurs économiques de maintenir la loyauté du jeu concurrentiel¹⁷⁵⁸.

Il est donc étonnant que cette théorie se contente de figurer au sein du Code civil, alors que le Code du Commerce semblerait lui être plus adéquat. Cependant, il convient de noter qu'alors que le droit civil français se distinguait de ses voisins par l'absence de législation particulière en la matière¹⁷⁵⁹, un rapprochement entre concurrence déloyale et concurrence illégale s'opère, non pas par le biais des pratiques restrictives de concurrence, mais par celui du droit de la consommation issu de la présente directive, ne conservant pourtant qu'un caractère pénal.

Ainsi, l'action en responsabilité civile délictuelle conserve une place centrale dans les institutions françaises notamment par sa situation subsidiaire¹⁷⁶⁰ en cas de lacunes du droit¹⁷⁶¹, se satisfaisant d'une faute pouvant être définie comme « une pratique contraire, soit aux lois et règlements, soit aux usages du commerce »¹⁷⁶².

Enfin, il convient de préciser que l'état fautif doit être considéré comme une situation de droit, et c'est pourquoi la Cour de cassation a pu déclarer que « s'il appartient aux juges du fond de constater souverainement les faits d'où ils déduisent l'existence ou l'absence d'une faute, la qualification juridique de la faute relève du contrôle de la Cour de cassation »¹⁷⁶³.

670 Cependant, le fait que la faute pénale soit constitutive d'une faute civile ne revient pas à accepter que tout délit pénal soit constitutif d'un « délit » civil. En effet, alors que le délit pénal

1755. Voir en ce sens, notamment, Cass. Civ. 1^{re}, 4 février 1975, D., 1975, p.405, note GAURY ; JCP, 1975, II, 18100, note LARROUMET ; Defrénois, 1975, p.1532, obs. AUBERT ; RTD civ., 1975, p.537 ; cité par GHESTIN J. (Dir.), VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S., Les conditions de la responsabilité, 4^e édition, Paris, France : LGDJ-Lextenso éditions, n° 474.

1756. Cass. Civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, Gaz. Pal., 1974, I, p.295, note PLANCQUÉEL ; cité par GHESTIN J, VINEY G. et JOURDAIN P., op. cit.

1757. Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Bull. civ., I, n° 59 ; JCP 2005, I, 10057, note PLAISANT ; Comm. électr., 2005, comm. n° 85, obs. STOFFEL-MUNCK ; Resp. civ. et assur., 2005, comm. n° 123 ; cité par GHESTIN J, VINEY G. et JOURDAIN P., op. cit.

1758. Voir not. DORANDEU N. et Centre de droit de la concurrence Perpignan, Le dommage concurrentiel, Perpignan : Presses universitaires de Perpignan, 2000 (Collection Études), 382 p. n°s 144 sqq.

1759. Not. à l'inverse de l'Espagne : Voir not. *Ley 3/1991 de competencia desleal*, dernièrement modifiée par la *Ley 29/2009* intégrant la protection issue de la présente directive.

1760. Mais seulement subsidiaire, en ce sens où la règle *specialia generalibus derogant* garde son application ; Voir not. TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », Répertoire de droit civil, Dalloz, Mai 2009.

1761. En ce sens JOSSEAND constatait que le droit de la responsabilité civile « tend à occuper le centre du droit civil, donc du droit tout entier ; [...] il est de tous les instants et de toutes les situations ; il devient le point névralgique commun à toutes nos institutions » in BRUN A. et JOSSEAND L., Rapports et Domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Paris, France : Libr. du « Recueil Sirey », 1931, 391 p. ;

Cité par TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », op. cit.

1762. VOGEL L., RIPERT G. et ROBLOT R., Traité de droit des affaires ; du droit commercial au droit économique., 19^e éd., Paris : L.G.D.J., 2010 (Tome 1). p. 701 sqq..

1763. Cass. Civ. 2^e, 16 juillet 1953, JCP 1953. II. 7792, note RODIÈRE.

est constitué par une atteinte à l'intérêt public, le « délit » civil est constitué par une atteinte à l'intérêt privé de la victime. Or s'il n'y a pas de victime, le « délit » civil n'est pas constitué.

À l'inverse, ce n'est pas parce que la responsabilité pénale ne peut être retenue que la responsabilité civile ne le sera pas. En effet, la responsabilité pénale suppose la conjonction d'un élément objectif, la conduite fautive, et d'un élément subjectif, l'imputabilité de la faute ; à l'inverse, le droit civil ne nécessite pas cet élément subjectif et opère une appréciation *in abstracto* de la faute ¹⁷⁶⁴.

En ce sens, la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 est elle aussi venue remettre en question cette identité des fautes civiles et pénales. Ainsi, elle a intégré l'article 4-1 au Code de procédure pénal au sein duquel elle affirme que « l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du Code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du Code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie [...] ».

Enfin, cette solution a été élargie, car appliquée à des situations auxquelles cet article n'était pas applicable. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu affirmer que « la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence » ¹⁷⁶⁵.

En effet, il s'agit alors de sanctionner les comportements anormaux, ceux que le bon père de famille n'aurait pas commis ¹⁷⁶⁶. Ainsi, en l'absence d'élément moral, la faute civile repose essentiellement sur son élément matériel. Or, le Code civil est très large quant à cette matérialité, et il est pris en compte « tout fait quelconque » ; il est alors question grâce à la notion du *bonus pater familias*, de prendre en considération tous les comportements différents de ceux que l'homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait accomplis. Or, bien sûr ce dernier ne commettrait pas d'infraction, mais il irait au-delà et ferait preuve de loyauté ainsi que de diligence. C'est par ailleurs ce caractère bipolaire de la faute qui permet de sanctionner l'exercice abusé d'un droit offert à l'auteur grâce au recours à la notion d'abus de droit trouvant sa quintessence dans la théorie de la concurrence déloyale.

- 671** En ce sens, l'avant-projet CATALA, propose de remplacer l'expression « tout fait quelconque » par « tout fait illicite ou anormal » ¹⁷⁶⁷, et dispose en outre que « constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence » ¹⁷⁶⁸.

1764. Cette méthode était privilégiée par la doctrine, mais a été confirmée par la loi du 3 janvier 1968 qui permet de tenir pour responsable en disposant dans l'article 489-2 du Code civil que « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation ».

1765. Cass. Crim. 3 mars 1993, Bull. crim. n° 97.

1766. BRUN PH., « Responsabilité du fait personnel », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, Mai 2015.

1767. CATALA P. et France, Ministère de la Justice, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Paris : La Documentation française, septembre 2005, 208 p., art. 1340.

1768. *Ibid*, art. 1352 al. 2.

Il est alors flagrant que le renvoi doit être vu comme double, d'une part, à la norme légale, et d'autre part, à la norme sociale dont la loyauté est le corollaire.

672 Allant plus loin, les capacités supérieures de cet Homme doivent être considérées. En effet, le bon père de famille doit tout de même être placé dans son contexte et si l'on étudie les pratiques commerciales déloyales des entreprises, il est nécessaire de considérer le bon père de famille entrepreneur¹⁷⁶⁹. Or, ainsi que l'exprimait DEJEAN DE LA BATIE, « l'homme raisonnable met à profit [...] les aptitudes et les connaissances particulières qu'il possède. On comprend donc facilement que ces aptitudes spéciales puissent contribuer à rendre fautive la conduite de celui qui n'en tire pas tout le parti désirable »¹⁷⁷⁰

Il peut alors être considéré que comme en matière de mise en œuvre de la responsabilité civile américaine, la prévisibilité du dommage puisse être considérée comme un élément pouvant indiquer l'existence d'une faute. Cela ne pourra cependant être analysé que comme un indice et non une caractéristique en tant que telle. En effet, une telle catégorisation ferait revenir au sein du droit civil la notion d'imputabilité qui ne doit, semble-t-il, n'être réservée qu'au droit pénal. Cependant, il est possible de considérer cette prévisibilité à l'aune du point de vue du bon père de famille¹⁷⁷¹. Ainsi s'il était prévisible pour ce dernier qu'un dommage découle de son fait, l'accomplissement de ce dernier ne pourrait qu'être considéré fautif, car effectué avec une mauvaise intention ou sans regard pour les conséquences possibles pour la victime. Les deux faces de la mauvaise foi faisant alors une apparition nouvelle.

673 La responsabilité civile délictuelle garde alors sa situation centrale au sein des institutions françaises en permettant aux victimes de se trouver protégées là où les lois (notamment pénales) ne seraient pas intervenues. Elle agit alors, à l'instar de la directive comme un filet de sécurité¹⁷⁷², et il est alors possible d'affirmer que la faute, qu'elle soit de commission ou d'omission, volontaire ou involontaire, entraînera la responsabilité de l'auteur qui aura créé un dommage.

1769. Voir not. Cass. 2^e civ., 8 juillet 1954, Haller, JCP 1954. IV. 122 ; Cass. 2^e civ., 15 mars 1956, D. 1956.445, note SAVATIER.

1770. DEJEAN DE LA BÂTIE N., « Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 18, n° 1, 1966, p. 293-294 ; cité par CONTE PH., « Responsabilité du fait personnel », op. cit.

1771. À l'inverse, la doctrine récente belge considère que la faute est constituée de trois éléments, l'imputabilité, la violation de la règle générale de diligence, et la prévisibilité du dommage, voir not. COUSY H., « Belgium, Wrongfulness in Belgian Tort Law. », in H. KOZIOL (dir.), *Unification of tort law : wrongfulness*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1998 (*Principles of European tort law*, vol. 3), p. 31 sqq..

1772. En ce sens, la Commission européenne avait en effet déclaré que l'interdiction générale des pratiques commerciales déloyales agissait comme un filet de sécurité : Commission européenne, 18 juin 2003, COM (2003) 356 final, 2003/0134 (COD), Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE (directive sur les pratiques commerciales déloyales) (présentée par la Commission), SEC (2003) 724, §58 ;

La loyauté alors au cœur de la notion de faute agit comme élément fondamental des deux mécanismes et objet nécessaire de protection et ce qu'elle soit située dans une relation commerciale ou plus largement dans toutes relations civiles.

674 Mais à l'inverse également, le droit de la consommation vient renforcer les mécanismes de droit commun par sa spécificité et sa précision. Ainsi, la directive 2005/29/CE pourra venir en appui aux personnes se trouvant depuis un récent revirement de jurisprudence démunies lors d'action en concurrence déloyale pour manquement disciplinaire. En effet, la Cour de cassation est venue récemment entériner une décision de septembre 2013¹⁷⁷³ refusant de considérer que la violation de règles déontologiques constitue un acte de concurrence déloyale¹⁷⁷⁴.

En effet, si la contrariété aux obligations de déontologies ne seront pas, *per se*, constitutives de situation de concurrence déloyale, il est possible de considérer que ces agissements pourront être qualifiés de contraire aux exigences de la diligence professionnelle et de pratiques commerciales déloyales s'ils altèrent ou sont susceptibles d'altérer le comportement économique du consommateur.

En réalité, les deux raisonnements (du droit de la consommation et du droit de la concurrence déloyale) se rejoignent sur l'idée que la contrariété à la diligence, ou à la déontologie ne seront susceptible de qualifier une pratique de déloyale que lorsque cette pratique aura engendré ou sera susceptible d'engendrer un effet qui n'aurait pas été obtenu sans la présence de ladite déloyauté¹⁷⁷⁵.

§2 Le tort de common law.

675 Le *Restatement* dispose que « *one who tortiously harms the person or property of another is subject to liability for damages for the consequences of the harm in accordance with the rules on whether the conduct is a legal cause of the consequences* »¹⁷⁷⁶.

Or, cette disposition semble *a priori* étrangement familière au civiliste français bercé par l'article 1382 du Code civil. Cependant, elle diffère en réalité de la règle française sur au moins deux points, d'une part, l'agissement devra être « tortueux », le mot français serait coupable, or le système du Code civil sépare la responsabilité civile qui ne nécessite qu'une faute, et celle qui sera pénale qui elle repose sur l'élément coupable. D'autre part, et surtout, la responsabilité s'applique sur la loi alors que le système français s'appuie davantage sur la loyauté. Il en découle qu'alors qu'en droit français tout fait quelconque sera susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, en droit issu de la *common law*, il sera nécessaire que ce dernier soit déclaré comme *tort* par la loi.

676 Cependant, la *common law* est dynamique et le droit des *torts* est tout sauf statique¹⁷⁷⁷. Ce

1773. Cass. Com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, D. 2013. 2165, obs. CHEVRIER ; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence YVES SERRA ; D. avocats 2013. 359, obs. DARGENT ; *ibid.* 417, chron. PIAU ; CCC 2013. Comm. 237, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Concurrences 1-2014, p. 100, obs. R. M. ; JCP 2013. 1203, note J.-M. BRIGANT.

1774. Cass. Com., 24 juin 2014, n° 11-27.450 (F-P+B), AJCA 2014, p.287 note JÉGOUX.

1775. Voir *infra*, les développements sur la nécessité d'un préjudice ou du moins d'une situation dommageable : p. 418 *sqq.*

1776. *Restatement*, Second, Torts §917.

droit peut donc s'adapter aux situations et évolutions du monde dans lequel il s'inscrit. Ainsi, les Cours peuvent créer, si cela s'avère nécessaire, de manière discrétionnaire des *torts* pour répondre aux situations politiquement indésirables¹⁷⁷⁸.

- 677** Il n'en demeure pas moins que la faute reste l'élément essentiel de la responsabilisation de l'auteur. Ainsi a-t-il pu être jugé que la femme qui marchant dans un trou et se cassant par cette occasion la cheville ne pouvait engager ni la responsabilité du propriétaire du terrain où était situé ce trou, ni de l'organisateur de la fête de village à laquelle elle se rendait. En effet, les juges estimaient qu'il s'agissait d'un simple accident et qu'il ne fallait pas imposer de responsabilité si légèrement¹⁷⁷⁹.

Ainsi SALMOND affirmait en sa faveur que la compensation pour *tort* n'était qu'un instrument pénal qui nécessitait alors la commission d'une faute volontaire ou de négligence. Ainsi la charge de la perte est transférée de la victime vers l'auteur de la faute¹⁷⁸⁰. Mais son propos fut nuancé par DEVLIN qui précisait que la faute n'était pas nécessaire puisqu'elle était le plus souvent compensée soit par l'employeur, soit par l'assureur¹⁷⁸¹, l'objectif principal n'était alors pas la punition, mais la réparation.

- 678** Cela étant dit, il convient de préciser que bien qu'ici la responsabilité ne repose sur la commission d'un *tort*, la bonne foi, ou plus largement la loyauté est tout de même prise en considération.

Pour s'en convaincre, il suffit d'étudier le moyen de défense reposant sur ce qu'il est convenu d'appeler le « *fair comment* »¹⁷⁸².

Il s'agit alors, par ce moyen de défense, d'accorder un privilège à la personne qui n'aura pas exprimé son avis de manière malicieuse, ou autrement dit en l'absence de mauvaise foi entendue en ce sens de volonté nocive¹⁷⁸³.

- 679** Parallèlement, le *tort* de négligence fut reconnu comme un *tort* autonome dès le début du

1777. *Sorensen v. State Farm Automobile Ins. Co.*, 2010 WY 101, 234 P.3d 1233 (Wyo. 2010) ; *Seidel v. Greenberg*, 108 N.J. Super. 248, 260 A.2d 863, 40 A.L.R.3d 987 (Law Div. 1969).

1778. *Burns v. Neiman Marcus Group, Inc.*, 173 Cal. App. 4th 479, 93 Cal. Rptr. 3d 130, 69 U.C.C. Rep. Serv. 2d 49 (1st Dist. 2009), as modified, (May 20, 2009) and review denied, (July 29, 2009).

1779. *Cole v. Davis-Gilbert* [2007] EWCA Civ. 396 : « *Accidents happen and sometimes they are what can only be described as "proper accident", in the sense that the victim cannot recover damages because fault cannot be established [...]* If the law courts were to set a higher standard of care than what is reasonable, the consequences would quickly be felt. There would be no fetes, no maypole dancing and no activities that have come to be a part of English village green for fear of what might go wrong », cité par, BERMINGHAM V., *Tort law*, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010 (Directions), 305 p..

1780. HEUSTON R. F. V. et BUCKLEY R. A., *Salmond & Heuston on the law of torts*, 20th ed, London : Sweet & Maxwell, 1992, 604 p., n° 2.4

1781. Devlin Patrick, *The enforcement of morals*, London ; New York : Oxford University Press, 1965, 139 p..

1782. Ou ce qui pourrait plus simplement être considéré selon la Commission FAULKS l'avis (ou *comment*). En effet, cette défense ne considère pas uniquement les avis loyaux, mais également les expressions exagérées d'opinion.

1783. HARPWOOD V., *Principles of tort law*, 3rd éd., London : Cavendish, 1997. n° 18.11.

Voir aussi *Defamation Act 1952*, Section 6.

XIV^e siècle. Cette période n'est pas fortuite, en effet, il s'agit de celle de la révolution industrielle qui a abouti à une multiplication des situations à risque notamment pour les travailleurs, mais aussi pour les consommateurs des nouveaux biens et services proposés par les entreprises industrielles.

680 Le *tort* de négligence peut être défini comme la violation d'un devoir légal de soin entraînant un dommage pour la victime¹⁷⁸⁴. Autrement dit, la négligence serait l'omission de faire quelque chose qu'un homme raisonnable, guidé par des considérations qui régulent ordinairement sa conduite, aurait fait ; ou l'action que ce même homme prudent dans ces mêmes circonstances n'aurait pas fait¹⁷⁸⁵. Il est alors devenu l'un des *torts* les plus importants en droit contemporain.

Cette théorie permet alors d'élargir le champ d'appréhension de nombreux *torts*. En effet, par définition la commission d'un *tort* est liée à une volonté, et en l'absence de cette volonté, il serait impossible de reconnaître la responsabilité de l'auteur de la pratique et donc d'indemniser la victime. Cette théorie a donc été développée parallèlement à de nombreux *torts*. Parmi ces derniers, il convient de relever celui de *deceit*, qui est pour rappel la tromperie originelle, or toutes ces présentations fausses ne seront pas frauduleusement effectuées ; c'est pourquoi, la Chambre des Lords a affirmé dans l'affaire *Byrne and Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd.* que dans certaines circonstances la responsabilité peut être retenue même si la déclaration a été négligemment trompeuse¹⁷⁸⁶.

681 De la même manière, la section 430 du *Restatement of Torts*, affirme qu'un acteur négligent devrait être responsable du préjudice causé à autrui si d'une part sa négligence est démontrée, et que d'autre part, cette négligence est définie légalement comme la cause de son préjudice¹⁷⁸⁷.

Or, pour que la négligence soit constitutive d'une cause légale, ce même *Restatement* renvoie d'une part au lien de causalité¹⁷⁸⁸, et d'autre part à la nécessité de l'absence de règles dégageant l'acteur de sa responsabilité à cause de la manière par laquelle la négligence a causé le préjudice¹⁷⁸⁹.

1784. Voir WINFIELD, cité par BIRMINGHAM V., *Tort law*, op. cit.

1785. *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* (Court of Exchequer) (1856) 11 Exchequer Reports (Ex) 781, 784, cité par OLIPHANT K., « England and Wales », in K. OLIPHANT et B.C. STEININGER (dirs.), *European tort law : basic texts*, Vienna : Jan Sramek Verlag, 2011 (*European Tort Law*), p. 49-63.

1786. *Byrne and Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd.* [1964] AC 465 ;

Voir de la même manière le *Misrepresentation Act 1967*, section 2(1) qui reconnaît une obligation d'indemnisation de celui qui a induit la victime à contracter par une présentation fausse.

Voir enfin plus généralement sur le *tort of deceit*, CLERK J. F., DUGDALE A.M. et LINDSELL W. H. B., *Clerk & Lindsell on torts*, 19th ed, London : Sweet & Maxwell, 2005 (*The common law library*), 2144 p..

1787. *Restatement, Second, Torts* §430 « *In order that a negligent actor shall be liable for another's harm, it is necessary not only that the actor's conduct be negligent toward the other, but also that the negligence of the actor be a legal cause of the other's harm* ».

1788. Voir, n° 699

1789. *Restatement, Second, Torts* §431.

Ce *tort* est donc constitué de trois éléments, un devoir légal imposé à l'auteur envers la victime, une violation de ce devoir, et enfin un préjudice causé¹⁷⁹⁰ à la victime par cette violation¹⁷⁹¹.

682 Ainsi tout d'abord, la négligence retenue de manière abstraite n'est pas reconnue, il ne s'agit ici donc pas d'une application de la théorie générale du risque, mais d'une imprudence commise par rapport à un devoir¹⁷⁹².

La théorie rejoint alors le principe de légalité pénale connue en droit français et imposant qu'il ne puisse y avoir de culpabilité sans texte. Il semble dès lors que l'auteur ne devrait pas être soumis au risque d'une responsabilité imprévisible.

C'est d'ailleurs cette prévisibilité qui doit être prise en considération pour examiner le devoir de soin imposé à l'auteur. En effet, c'est dans cette affaire *Donoghue v. Stevenson* que fut exposé le *principe du voisinage*¹⁷⁹³. Ainsi Lord ATKIN, d'une manière biblique, affirmait que « la règle selon laquelle l'homme doit aimé son voisin devient en droit qu'il ne faut pas nuire à son *voisin* ; qu'ainsi la question pour le juriste est "qui est mon voisin ?", reçoit une réponse stricte. Il faut prendre le soin raisonnable d'éviter les actes ou omissions desquels il peut raisonnablement être prévu qu'il découlera un préjudice pour les *voisins*. Qui donc est mon *voisin* ? La réponse semble alors être les personnes qui sont tellement proches et directement affectées par mes actes que je dois raisonnablement les avoir en considération comme étant affectées lorsque je réalise les actes ou omissions en question »¹⁷⁹⁴.

Le voisin alors en question ne doit pas être entendu au sens géographique, mais plutôt en celui de la proximité entre les conséquences néfastes prévisibles de l'acte ou omission et la victime supposée.

C'est ainsi que les Cours canadiennes utilisent généralement de manière interchangeable les termes de *neighbourhood*, *forseeability* et *proximity*.

Le devoir alors en question est un devoir de soin, ce dernier peut être apparenté à un devoir de diligence. Cependant, il ne s'agit pas réellement d'un devoir de ne pas agir de manière irresponsable, mais plutôt de ne pas infliger de dommages de manière irresponsable.

Ainsi, le dommage se révèle être au cœur de l'action pour négligence.

683 Pour savoir si ce devoir existe, il était de tradition de se référer aux cas précédents jusqu'à l'arrêt *Anns v. Merton London Borough*¹⁷⁹⁵ où Lord WILBERFORCE proposa une extension du

1790. La causalité étant alors entendue au sens de causalité réelle (factuelle) et adéquate.

En ce sens, DOBBS D.B., HAYDEN P.T. et BUBLICK E.M., *Torts and compensation : personal accountability and social responsibility for injury*, Seventh edition, St. Paul, MN : West, 2013 (American casebook series), 1107 p., p.85.

1791. HORSEY K., *Tort law*, 2nd ed, New York : Oxford University Press, USA, 2011, 616 p., n^{os} 2.5 et sqq..

1792. *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562 ; 1932 SC (HL) 31 ; 1932 SLT 317 ; [1932] WN 139 (HL), 618, cité par HORSEY K., *Tort law*, 2nd ed, New York : Oxford University Press, USA, 2011, 616 p., n^o 2.5.1.

1793. Principe connu sous le nom de *neighbour principle*.

1794. Traduction libre de Lord ATKIN, *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562 ; 1932 SC (HL) 31 ; 1932 SLT 317 ; [1932] WN 139 (HL), 618, cité par BERMINGHAM V., *Tort law*, op. cit.

1795. [1978] AC 728.

devoir vers une vision universaliste. Il s'agissait alors de soumettre les cas à un double test. Tout d'abord, il s'agissait d'étudier si le *neighbour principle* était rempli. En d'autres termes, est-ce que la victime pouvait être considérée comme créancière d'un devoir de diligence de la part de l'auteur du fait de la prévisibilité qu'elle soit victime d'un préjudice ? Si la réponse était affirmative, un devoir de diligence était considéré comme existant de *prima facie*. Ensuite il s'agissait de savoir s'il n'y avait pas de raisons de politique juridique qui s'opposaient à la réparation du préjudice subi. Le cas échéant le *duty of care* était reconnu et la victime pouvait s'en prévaloir.

Ce fut ensuite à l'arrêt *Junior Books v. Veitchi* de continuer cette expansion, considérant que les raisons politiques pouvaient changer, et ainsi d'accepter l'indemnisation de préjudices purement patrimoniaux¹⁷⁹⁶.

Mais finalement cette extension fut anéantie par l'arrêt *Murphy v. Brentwood District Council*¹⁷⁹⁷ qui invoquant son droit à revenir sur des décisions précédentes retira à l'affaire *Anns v. Merton London Borough* sa force expansive.

Finalement, c'est aujourd'hui le test développé dans l'arrêt *Caparo Industries plc. v. Dickman*¹⁷⁹⁸ qui est imposé. Selon ce dernier, il s'agit de savoir si le préjudice causé était raisonnablement prévisible, s'il y avait une relation de proximité entre l'auteur et la victime, et enfin, s'il est juste et raisonnable d'imposer un devoir de soin.

Il a ainsi été notamment jugé qu'il existe un devoir des fabricants d'avertir les consommateurs des dangers inhérents à l'utilisation de leurs produits¹⁷⁹⁹. Il s'agira alors de fournir des indications permettant un usage sans risque du produit. Cela étant, il est jugé que certains risques sont suffisamment connus par le public et qu'une telle connaissance doit permettre d'exonérer le professionnel de son obligation de renseignements¹⁸⁰⁰.

De la même manière, l'arrêt *Caparo*¹⁸⁰¹ a établi un test permettant de qualifier la responsabilité de l'auteur de déclarations ou avis ayant entraîné un préjudice purement économique. Selon ce test¹⁸⁰², l'auteur devait savoir, que la déclaration allait être communiquée à la victime, l'objectif de cette communication, et qu'il était prévisible que la victime agisse en fonction de

1796. [1983] 1 AC 520.

1797. [1991] 1 AC 398, [1990] 2 All ER 908, qui citant *Sutherland Shire Council v. Heyman* [1985] 60 ALR 1 : « *It is preferable, in my view, that the law should develop novel categories of negligence incrementally and by analogy with established categories, rather than by a massive extension of a prima facie duty of care, retrained only by indefinable "considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed"* ». Cité par ELLIOTT C., *Tort law*, 7th ed, Harlow, England ; New York : Pearson Longman, 2009, 439 p., p.21.

1798. [1990] 2 AC 605.

1799. Voir *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.* [1972] 2 S.C.R. 569.

OSBORNE P.H., *The law of torts*, 3rd éd., Toronto : Irwin Law, 2007 (*Essential of Canadian Law*) p. 134 sqq..

1800. Ainsi en sera-t-il notamment des couteaux, carburants, marteaux ...

1801. *Caparo Industries plc. v. Dickman* [1990] 2 AC 605.

1802. STRONG S.I., *Tort law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008 (*Complete*), 461 p., chap. 13.

cette déclaration. Enfin il sera nécessaire qu'il y ait un agissement de la victime par confiance à cette déclaration lui causant un préjudice.

684 Ensuite, ce devoir doit avoir été violé, en ce sens que le détenteur du devoir doit agir selon un certain standard qu'est celui du soin raisonnable¹⁸⁰³. Il n'est donc pas suffisant que l'auteur ait causé un préjudice à la victime, encore faut-il que celui-ci résulte du manquement à un soin raisonnable souhaité de la part de l'auteur.

Ce caractère raisonnable offre alors au droit une possibilité de flexibilité permettant d'adapter la nécessité de soin selon les circonstances de fait. Il est en effet traditionnellement fait appel à la brève déclaration faite dans l'arrêt *Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* pour savoir s'il y a négligence. Ainsi, la négligence serait « l'omission de faire quelque chose qu'un homme raisonnable, guidé par ces considérations qui régulent d'ordinaire la conduite des affaires humaines, aurait fait, ou faire quelque chose qu'un homme prudent et raisonnable n'aurait pas fait »¹⁸⁰⁴.

685 Il convient alors de noter que malgré une référence aux actions et omissions lors de l'affaire *Donoghue v. Stevenson*, le droit anglais est réticent à imposer une responsabilité pour omission. Une telle position s'explique par le caractère foncièrement libéral de la société anglaise. Un tel libéralisme et l'individualisme qui en découle font qu'il n'est par principe pas imposé à une personne d'accomplir des actes afin de prévenir un tiers de subir un préjudice.

L'omission alors considérée est celle entendue au sens du droit français de la consommation, tel que l'omission d'informations. Ainsi, si celui qui n'agit pas et ne permet pas de prévenir le préjudice subi par une victime du fait d'un tiers ou de son propre fait ne sera pas tenu responsable, à l'inverse, celui qui avait un devoir, tel que celui d'information, et qui ne l'accomplirait pas sera quant à lui tenu pour responsable de ses agissements.

686 Cette violation doit être ensuite étudiée de manière objective, c'est-à-dire à l'aune du bon père de famille¹⁸⁰⁵. En effet, puisque l'analyse se situe dans le champ de la négligence, il ne convient pas de se fier à l'auteur en tant qu'individu, mais à l'auteur en tant qu'agent social se situant dans une relation dans laquelle il est attendu de lui qu'il agisse d'une manière raisonnable. Ainsi il s'agit d'un homme moyen, non pas dans sa situation, mais dans son comportement, il ne sera ni téméraire, ni trop vigilant¹⁸⁰⁶. Il ne sera alors attendu de lui qu'un agissement moyen dont l'appréciation reste soumise à la souveraineté des juges¹⁸⁰⁷.

Cela étant, lorsque l'auteur aura des connaissances particulières, l'homme raisonnable devra lui aussi être considéré dans cette situation de connaissance¹⁸⁰⁸. Cette distinction s'appliquera

1803. *Reasonable care*.

1804. [1856] 11 Exch. 781.

1805. Ou *reasonable man*.

1806. Voir en ce sens Lord MACMILLAN dans *Glasgow Corp v. Muir* [1943] AC 448.

1807. *Ibid.*

1808. Voir not. *Paris v. Stepney Borough Council* [1951] AC 367 ;

Voir aussi, *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582 dans lequel il a été jugé qu'un « [un médecin] n'est pas responsable de négligence s'il a agi de manière jugée appropriée par un homme

alors aux professionnels comme le confirme l'arrêt *Bolitho*, mais aussi aux non professionnels agissant dans une position professionnelle¹⁸⁰⁹. Or, cet élargissement ouvre de nouvelles perspectives. En effet, dans la matière qui occupe ces travaux, il serait tout à fait possible de considérer qu'un non professionnel faisant des déclarations fausses, trompeuses, ou dénigrantes au profit ou au détriment d'un produit, service ou encore d'une entreprise pourrait entrer dans le champ de la négligence.

De la même manière, l'attente de précaution de cet homme variera en fonction de son activité, ainsi Lord MACMILLAN affirmait-il que « ceux qui s'engagent dans des activités dangereuses en elles-mêmes doivent prendre des précautions qui ne sont pas requises des personnes agissant dans la routine ordinaire de la vie quotidienne »¹⁸¹⁰.

687 Enfin, il est nécessaire que la violation du devoir ait entraîné un préjudice pour la victime.

Il apparaît alors que le préjudice, ou du moins sa prévisibilité, soit tout à la fois une condition constitutive du *tort of negligence* et de la responsabilité qui en découle.

En réalité, cette distinction n'a rien de surprenant, il s'agit en effet de replacer l'étude dans son contexte, la *tort law* n'est pas identique à la responsabilité civile délictuelle. Le *tort* n'est pas une faute, il n'est pas non plus un délit entendu au sens du droit pénal, mais se situe en réalité entre la faute et un tel délit. Il en découle qu'il est soumis aux actions privées et constitue par sa seule commission une source de responsabilité.

Cela étant, s'il est facilement acceptable qu'un *tort* ainsi défini, soit source *per se* de responsabilité, cette acceptation est plus difficile lorsqu'il est question du *tort of negligence*.

Ainsi, lorsqu'il est question de négligence, la magnitude du risque est considérée. C'est pourquoi dans l'affaire *Bolton v. Stone*, où une balle de cricket était sortie d'un terrain et tombée sur une femme alors qu'une telle sortie de terrain n'était pas arrivée plus de six fois en trente ans, Lord OAKSEY affirmait que « le standard de soin en droit de la négligence est celui d'un homme ordinairement attentif, mais, selon moi, un homme ordinairement attentif ne prend pas de précaution envers tous les risques suspectables. Il peut, bien sûr, prévoir la possibilité de nombreux risques, mais la vie serait presque impossible s'il devait prendre des précautions contre tous les risques qu'il peut prévoir. Il prend des précautions contre les risques qui peuvent raisonnablement survenir. En effet, de nombreux risques prévisibles sont extrêmement peu probables et il ne peut être lutté contre ces derniers que par un total isolement »¹⁸¹¹.

688 L'acceptation du *tort of negligence* comme source de responsabilité civile démontre alors la volonté de soumettre les acteurs à une obligation de loyauté entendue en ce sens qu'ils devraient

responsable d'un corps médical et doué en cet art particulier ». Traduction libre des propos du Juge MCNAIR, cités par CLERK J. F., DUGDALE A.M. et LINDSELL W. H. B., Clerk & Lindsell on torts, 19th ed, London : Sweet & Maxwell, 2005 (The common law library), 2144 p., n° 8-145.

Cette mise en perspective est d'ailleurs appelée *Bolam test*, du nom de cette dernière affaire.

1809. Voir not. *Cattley v. St. John's Ambulance Brigade* [1988] 87 NJ 1140 où la responsabilité d'un secouriste volontaire a été engagée du fait qu'il n'avait pas protégé la colonne vertébrale d'un accidenté lors de son déplacement.

1810. *Glasgow Corp v. Muir* [1943] AC 448.

1811. Traduction libre de Lord OAKSEY dans *Bolton v. Stone*, [1951] 1 all ER 1078.

se préserver de risquer¹⁸¹² de faire subir à quiconque un dommage. Une telle responsabilité s'approche alors de la lettre de l'article 1382 du Code civil.

Il convient cependant de préciser que cette prévisibilité et donc la loyauté qui s'y rattache se devra d'être analysée de manière objective, il sera en effet nécessaire que le dommage soit prévisible par un homme moyen¹⁸¹³.

Ici la difficulté apparaît donc lors de la volonté de certification de classe. En effet, il a récemment été jugé, lors d'une affaire de présentation fautive par négligence que la confiance accordée à une déclaration était une question individuelle et bien que parfois les déclarations induisent d'elles-mêmes la confiance, cela ne doit pas être considéré comme automatique. Il en découlait donc que la classe ne pouvait pas être certifiée, étant considéré que le préjudice de ses membres et donc l'existence de ces derniers n'étaient pas démontrés¹⁸¹⁴.

689 Enfin, cette démonstration ne sera plus nécessaire dans les affaires dites *res loquitur ipsa*, où la négligence sera de *prima facie* établie.

Cet adage pouvant être traduit comme « les choses parlent d'elles-mêmes » s'applique à chaque fois qu'une personne a le contrôle exclusif des choses ayant causé le dommage. Cette théorie est donc utilisée en matière de responsabilité du fait des choses, mais il conviendrait de se demander si une déclaration, trompeuse par exemple, qui aurait été faite sans volonté délictuelle ou de manière négligente, pourrait se trouver *mutatis mutandis* appliquée cette présomption. En effet, dans de tels cas, l'auteur des déclarations en a bien le contrôle exclusif, or si elles lui échappent et causent un dommage à autrui, il serait possible, *les choses parlant d'elles-mêmes*, de retenir une présomption de *prima facie* de la responsabilité de l'auteur sans que soit nécessaire de démontrer une prévisibilité objective du dommage.

En tout état de cause, il convient de préciser que la violation d'un devoir légalement exprimé est constitutive d'une négligence *per se*. Il appartient alors aux droits statutaires de fixer les devoirs des professionnels vis-à-vis des consommateurs, lesquels, lorsqu'ils auront été négligemment non respectés seront constitutifs de responsabilité à tout du moins sous le régime du *tort of negligence*¹⁸¹⁵

690 Finalement, il convient de rappeler que le DCFR relatif aux « *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* »¹⁸¹⁶ opère une combinaison entre les responsabilités pour violation d'un droit conféré par la loi : responsabilité qui pourrait alors être assimilée à celle opérée par le système de *torts* anglo-américains, mais aussi comme il l'a été étudié, par

1812. Il s'agit cependant ici de préciser que le risque alors évoqué n'est pas celui de la théorie classique du risque. En effet, ce dernier se distingue par son degré de prévisibilité, le terme anglais utilisé est *foresight* et non *risk*, ce qui exclut d'office la théorie du risque au profit d'une plus large de prévisibilité.

1813. *Hill v. Winsor*, 118 Mass. 251 ; cité par STREET T.A., *The theory and principles of tort law*, Washington : Beard Books, 1999, p.104.

1814. *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90

1815. STREET T.A., *The theory and principles of tort law*, Washington : Beard Books, 1999, p.172.

1816. Study Group on a European Civil Code et Research Group on the Existing EC Private Law, *Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR)*, Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p..

une partie du système de responsabilité pour faute ; et celle résultant de la violation d'un intérêt méritant une protection juridique ¹⁸¹⁷.

Enfin, reprenant la lettre de l'article 1382 du Code civil, le fait de l'homme ne suffira pas, il sera encore nécessaire que celui-ci soit la cause d'un dommage ¹⁸¹⁸.

1817. Il conviendra cependant que l'imposition d'une telle responsabilité soit loyale et raisonnable.

Ibid, VI.-2 :101.

1818. TOURNEAU PH. LE (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), n° 575.

Section 2 Le lien de causalité.

691 La causalité est une condition importante de la responsabilité civile extracontractuelle. En effet, comme l'indique le Professeur BRUN, « déclarer une personne civilement responsable, c'est lui imputer la cause du préjudice dont il est demandé réparation »¹⁸¹⁹.

Les auteurs, notamment allemands, se sont beaucoup interrogés sur la notion de causalité et ces doctrines ont largement été suivies par les juristes français et espagnols¹⁸²⁰.

Or, deux types de causalités peuvent être retenues, tout d'abord matériellement, de quel enchaînement de faits, le dommage est-il issu ? Ensuite juridiquement, quel(s) auteur(s), de quel(s) fait(s), doit(ou doivent) être tenu(s) pour responsable(s) de la survenance du dommage ?

Ainsi, lorsqu'il est question de causalité, deux théories sont nécessairement mises en opposition. En effet, lorsqu'une victime subit un dommage, ce dernier ne trouve souvent pas sa cause dans une source unique, et même si la Cour de cassation affirme avec constance que l'existence d'une cause étrangère au défendeur n'empêche pas que ce dernier puisse être déclaré responsable du dommage, il convient de chercher le ou les faits présentant un lien avec le dommage.

Il s'agit alors de savoir comment doivent être traitées les conditions ayant participé à la réalisation du dommage.

692 La première théorie est celle de l'équivalence des conditions, selon elle, un événement sera qualifié de cause à chaque fois qu'il pourra être considéré que sans lui le dommage ne se serait pas produit. En d'autres termes il suffirait que la condition ait été *sine qua non* pour que la responsabilité puisse être retenue.

Cela étant, cette théorie, bien que plus protectrice des victimes, qui obtiendront en son application une réparation plus aisée, peut paraître injuste vis-à-vis des auteurs des pratiques.

En effet, selon l'exemple cité par FLOUR, AUBERT et SAVAUX¹⁸²¹, qui supposent que dans une Université, un professeur de droit finisse son cours deux minutes plus tard qu'à l'accoutumé, qu'à la sortie de cet enseignement, un élève se fasse renverser, le retard serait bien une condition *sine qua non* de l'accident, ce qui laisserait à supposer que la responsabilité du professeur pourrait être retenue. Cela étant, un tel raisonnement serait particulièrement rapide, car ne prenant pas le temps de qualifier le comportement de l'auteur comme pouvant ou non être constitutif d'une faute. Il paraît alors *in fine* que la limitation de la responsabilité aux fautes pourrait permettre la subsistance de cette théorie.

1819. BRUN PH., Responsabilité civile extracontractuelle, Paris : LexisNexis, 2014. n° 228.

1820. Voir HONORÉ T., International Encyclopedia of Comparative Law : Vol. 11, Torts / chief ed. : André Tunc. Causation and remoteness of damage / A. M. Honoré, [s.l.] : Mohr, 1971, n°s 44 à 105, cité par GHESTIN J. (Dir.), VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S., Les conditions de la responsabilité, 4^e édition, Paris, France : LGDJ-Lextenso éditions, n° 338.

REGLERO CAMPOS L.F., « El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad : culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. », in J.M. BUSTO LAGO et L.F. REGLERO CAMPOS (dirs.), Lecciones de responsabilidad civil, 2a éd., Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi-Thomson Reuters, 2013.

1821. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations, le fait juridique, 14^e éd, Paris : Sirey, 2011 (Sirey université), 533 p., n° 157.

De la même manière, l'avocat général W. VAN GERVEN¹⁸²², a pu exprimer qu'il s'agissait en réalité d'appliquer un raisonnement négatif de la condition *sine qua non* selon lequel, « le lien de causalité fait défaut lorsque le préjudice, dont réparation est demandée, serait aussi né de façon identique sans les comportements illégaux »¹⁸²³, l'inverse n'étant pas toujours vrai.

Cette même théorie est appliquée outre-Atlantique sous le nom de *but-for analysis*, mais pose autant de difficultés, ainsi, lorsqu'un fabricant avait failli dans son obligation d'avertir le public d'un risque d'utilisation du produit au sein du manuel de ce dernier, risque qui s'était produit chez un consommateur qui avait cependant reconnu ne pas l'avoir lu, il y a bien faute du professionnel, mais si cette faute n'avait pas été commise, le préjudice aurait tout de même été subi, *a contrario* il était donc possible d'affirmer que la faute de l'auteur n'était pas une cause selon cette théorie¹⁸²⁴. Il en était de même pour la responsabilité du conducteur d'une automobile qui avait renversé un piéton se trouvant derrière le véhicule car il n'avait pas regardé dans son rétroviseur, mais qui avait prouvé que même s'il y avait regardé il ne l'aurait pas vu¹⁸²⁵.

Suivant cette théorie, il conviendrait alors de se demander si, sans la pratique commerciale déloyale, le comportement économique du consommateur aurait été modifié. C'est en effet cette altération déloyalement née d'une tromperie ou d'une agression qui est considérée comme étant dommageable lors de l'emploi de telles pratiques. À l'inverse, la simple susceptibilité d'altération du comportement économique du consommateur ne serait pas suffisante, mais ce raisonnement renverrait plutôt à l'absence de préjudice qu'au défaut de lien de causalité.

693 La seconde théorie, la plus complexe, est celle de la causalité adéquate, au terme de laquelle, selon un pronostic rétrospectif, un antécédent ne serait causal que si à lui seul il rendait vraisemblable le dommage¹⁸²⁶.

Cette seconde théorie est privilégiée par les auteurs qui, notamment, se basent davantage sur une responsabilité imposée par une théorie du risque que par une réelle responsabilité pour faute.

En effet, selon cette théorie du risque ; risque entendu en ce sens de prise en considération des conditions raisonnables de sécurité ou des vraisemblances statistiques de production du résultat¹⁸²⁷, l'auteur serait responsable des dommages causés, et ce, que son comportement soit fautif ou non. Or, une telle théorie ne peut convenir à la matière. En effet, à l'instar du principe de précaution souvent décrié en droit public, une telle théorie ne permet pas aux acteurs économiques de s'épanouir grâce à des pratiques et/ou activités innovantes.

1822. Conclusions (C-201/86), CJUE, 6^e ch.) 6 février 1990, *Société Spie-Batignolles contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-201/86, rec. 1990 I-00197.

1823. *Ibid.* §17

1824. *Bloxom v. Bloxom*, 512 So.2d 839 La. [1987] ; cité par DOBBS D.B., *The law of torts*, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series), 1604 p., n° 168.

1825. *Jordan v. Jordan*, 220 Va. 160, 257 S.E.2d 761 [1979].

1826. Voir, FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, le fait juridique*, 14^e éd, Paris : Sirey, 2011 (Sirey université), 533 p., n° 158, citant, MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*.

1827. REGLERO CAMPOS L.F. (dir.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2a. ed, Cizur Menor, Navarra : Thomson/Aranzadi, 2003 (Colección Monografías Aranzadi, 220), 2022 p., p.303 sq..

Ainsi, tel que l'affirme le Professeur LE TOURNEAU, « des raisons économiques militent aussi en faveur de la responsabilité subjective. Car étant indissociable de la liberté, elle facilite l'esprit d'initiative et pousse à l'action. Au contraire, la théorie du risque incite à l'immobilisme »¹⁸²⁸.

En outre en l'espèce, le risque n'est pas nécessaire, car l'effet des pratiques visées est qualifié par la loi, la nature pénale de la directive impose que ces pratiques soient au moins dommageable pour la société. Il y a donc par la qualification de la pratique comme étant déloyale et illégale par la directive, une qualification de la faute civile, de son effet dommageables, du moins, pour la société, et donc du lien causal entre la faute et le dommage.

Enfin, il convient de rappeler que cette théorie trouve son équivalent dans la notion de *proximate cause rules*, appliquée en droit issu de la *common law*, dont il découle qu'en matière de négligence, l'auteur ne devra être tenu pour responsable que des préjudices qu'il risquait par sa négligence.

694 Cependant, ces deux théories ne sont pas imperméables, et il est possible de les combiner afin d'obtenir le résultat le plus satisfaisant possible.

Ainsi, la théorie de l'équivalence des conditions serait plus effective pour la démonstration fondamentale d'un lien de causalité¹⁸²⁹. En effet, alors que la théorie de la causalité adéquate se base sur des probabilités ou prévisibilités, la théorie de l'équivalence se base sur la notion d'effectivité qui rend inutiles ces probabilités et prévisibilités, cette théorie devant cependant être aménagée par une nécessité d'immédiateté entre la faute et le dommage. En effet, le dommage doit être directement créé par la faute, ce qui suppose que « la faute ne serait causale que si le devoir méconnu tendait à éviter le préjudice qui en est résulté »¹⁸³⁰. Enfin, la théorie de la causalité adéquate viendrait rendre la preuve du lien de causalité plus aisée pour la victime puisque ne reposant que sur une probabilité lorsque l'effectivité ne peut être certaine.

Cette combinaison est notamment effectuée outre-Atlantique, où la victime peut prouver qu'elle a été victime d'un préjudice causé par le *tort* ou la négligence commise par l'auteur en recourant au *but-for test*, mais où la responsabilité de l'auteur sera limitée, du moins dans les cas de négligence, qu'envers les préjudices directement causés en application des règles de *proximate cause*.

Cette division est connue par les juristes américains comme celle entre la cause factuelle¹⁸³¹ et celle qui remplit les conditions légales¹⁸³².

695 Concernant la causalité factuelle, il s'agit de se demander si la faute de l'auteur a causé, en fait, le dommage à la victime. Il s'agit alors d'une étude de bon sens de la causalité.

1828. TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », Répertoire de droit civil, Dalloz, Avril 2015.

1829. GHESTIN J. (Dir.), VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S., Les conditions de la responsabilité, 4^e édition, Paris, France : LGDJ-Lextenso éditions, nos 346 sqq..

1830. En l'espèce, il est certain que la faute qui découlerait de l'inapplication des règles de la directive serait dommageable pour le consommateur, le concurrent et le marché qu'elle entend protéger.

1831. Ou *factual causation* ou *cause in fact*.

1832. Ou *legal causation* ou *cause in law*.

Dans de nombreux cas, il suffit de montrer que l'action de l'auteur a causé le dommage, mais lorsque la négligence est soulevée cette simple démonstration se complique. En effet, dans de tels cas, il s'agit de démontrer que si cette négligence n'avait pas été commise, le dommage ne serait pas survenu. Il s'agit alors du *but-for test* qui consiste à se demander si sans l'action ou omission de l'auteur, la victime aurait échappé au dommage¹⁸³³. Si la réponse est oui, l'action ou omission sera alors considérée comme cause factuelle du dommage.

Ce test fait rarement l'objet d'une analyse précise, le plus souvent, les Cours se limitent à identifier le test et à en tirer des conclusions. Cependant il doit en réalité suivre certaines étapes¹⁸³⁴. Ainsi tout d'abord, le dommage causé par l'auteur doit avoir été identifié, ensuite, les agissements spécifiques de l'auteur doivent être isolés, l'auteur doit à travers ces agissements avoir satisfait le standard de soin qui lui est demandé, sinon, il doit être demandé si le préjudice aurait été causé si l'auteur avait agi dans le respect de son devoir de soin.

696 Cependant, parfois ce *but-for test* n'est pas satisfaisant. Ainsi en est-il dans les cas de présentations trompeuses, ou de tromperie. En effet, la présentation opérée par l'auteur ne peut avoir été qu'un facteur de la décision de la victime. C'est pourquoi Lord STEPHENSON a pu affirmer que la confiance accordée à la déclaration constitue une cause « tant que la présentation fausse joue un rôle réel et substantiel dans l'agissement de la victime »¹⁸³⁵.

Il y a donc recours à ce qui pourrait être appelé un test de contribution matérielle¹⁸³⁶.

En outre, dans les cas de *deceit*, le *but-for test* n'est pas employé. Ainsi, la Cour d'appel a pu affirmer dans l'affaire *Downs v. Chappell* que le juge n'avait pas à rechercher comment la victime aurait agi si l'auteur avait dit la vérité¹⁸³⁷. En réalité, une distinction doit être opérée, c'est pourquoi, la Cour, dans l'affaire *Bristol and West Building Society v. Mothew*, après s'être estimée liée par le cas précédent, a affirmé que dans les cas de présentation fausse opérée de manière négligente, le *but-for test* n'avait pas à être appliqué, mais qu'à l'inverse lorsque le demandeur s'appuyait sur une violation d'un devoir d'information, il devait, outre le fait de démontrer quel était ce devoir, prouver que si l'information avait été donnée, il aurait agi autrement. Enfin si l'information a été donnée, mais est incorrecte, ce caractère suffit à exclure la nécessité de recourir au *but-for test*¹⁸³⁸.

1833. Lord DENNING dans *Cork v. Kirby Maclean Ltd.* [1952] 2 All. E.R. 402 (C.A.) « *If you can say that the damage would not have happened but for a particular fault, then that fault is in fact a cause of the damage ; but if you can say that the damage would have happened just same, fault or not fault, then the fault is not a cause of the damage* ».

1834. ROBERTSON D.W., « The Common Sense of Cause in Fact », *Texas Law Review*, vol. 75, n° 1765, 1997.

Cité par OSBORNE P.H., *The law of torts*, 3rd éd., Toronto : Irwin Law, 2007 (Essential of Canadian Law). p.84 sqq..

1835. Traduction libre de Lord Justice STEPHENSON dans *JEB Fasteners Ltd v. Marks Bloom & Co.* [1983] 1 All. ER 583. Cité par CLERK J. F., DUGDALE A.M. et LINDSELL W. H. B., *Clerk & Lindsell on torts*, 19th ed, London : Sweet & Maxwell, 2005 (The common law library), 2144 p., n° 2-17.

1836. KLAR L., *Tort law*, 2nd éd., Scarborough, Ont. : Carswell, 1996. p.323ss..

1837. [1997] 1 WLR 426.

1838. [1998] Ch. 1. cité par CLERK J. F., DUGDALE A.M. et LINDSELL W. H. B., *Clerk & Lindsell on torts*, op. cit.

Enfin, il convient de se demander si lorsque de nombreux actes peuvent être les causes possibles du dommage causé, mais que la victime n'arrive pas à prouver le lien de causalité entre ces actes et son préjudice, doit-elle être laissée sans assistance ?

Ainsi a-t-il pu être jugé qu'un acte de négligence qui avait matériellement augmenté le risque de préjudice pouvait être considéré comme une cause ou du moins, comme ayant contribué à un préjudice qui n'aurait pas eu lieu sans ce risque, et qu'ainsi, le *but-for test* était rempli ouvrant droit pour la victime à une compensation intégrale¹⁸³⁹. La théorie du risque venait alors remplacer la nécessité de causalité déjà assouplie pour laisser place à une contribution matérielle.

La difficulté avec une telle décision était que par définition tous les faits de négligence induisaient un risque et qu'accepter qu'un risque puisse être considéré comme cause revenait à supprimer la nécessité de démonstration d'un lien causal. C'est pourquoi elle fut rejetée par les Cours anglaises¹⁸⁴⁰, mais son esprit resta au sein des décisions canadiennes¹⁸⁴¹.

D'une autre manière, il fut jugé qu'il résultait du risque causé, une perte de chance d'éviter le préjudice qui elle-même devait être indemnisée. L'approche met alors en évidence une confusion entre chance et risque et s'il est convenable de retenir l'augmentation du risque de subir un préjudice, il paraît moins cohérent de parler de perte de chance d'éviter ce dernier¹⁸⁴².

697 Une fois cette cause factuelle identifiée, il s'agit de savoir si elle constitue ou non une cause légale. En effet, la cause factuelle le pourra, mais n'indiquera pas nécessairement à qui la responsabilité doit être attribuée. Ainsi en sera-t-il lorsque l'agissement de l'auteur ne sera pas le seul événement sans lequel le dommage ne serait pas survenu.

Pour ce faire, deux tests sont appliqués, tout d'abord celui de *foreseeability*, il s'agit de savoir si une personne raisonnable aurait pu prévoir que de l'action ou omission de l'auteur aurait découlé le dommage de la victime.

Ce test de prévisibilité est une des deux conceptions de la causalité entre lesquelles les Cours ont hésité. En effet, pour la première, le dommage est trop éloigné si un homme moyen situé dans la position de l'auteur ne pouvait pas prévoir le dommage, pour la seconde, la responsabilité doit s'étendre à toutes les conséquences directes d'un acte négligent. Cette dernière s'explique par le fait que si le second critère est établi, le premier devient dès lors non pertinent, car remettant la question sur la culpabilité plus que sur la compensation¹⁸⁴³.

La plus importante décision en faveur du second concept est l'affaire *Re Polemis* dans laquelle l'endommagement d'un navire était la conséquence prévisible de la négligence de l'auteur, mais son enflamment n'était, lui, pas prévisible. Les juges d'appel estimèrent tout de même

1839. *McGhee v. Nat. Coal Bd.* [1972] 3 All. E.R. 1008 (H.L.).

1840. *Wilsher v. Essex Area Health Authority* [1988] 1 All. E.R. 871 (H.L.).

1841. *Snell v. Farrell* [1990] 72 D.L.R. (4th) 289 (S.C.C.).

1842. Voir en ce sens les développements sur le risque et la perte de chance : n^{os} I sqq..

1843. *Weld-Blundell v. Stephens* [1920] AC 956 (HL) 984. Cité par HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Pub., 2010, 323 p., p.17 sqq..

l'auteur comme étant responsable, car si l'endommagement était prévisible, l'embrasement était lui la conséquence directe de cet endommagement, lequel devait alors être considéré comme étant la responsabilité de l'auteur¹⁸⁴⁴.

Cela étant, le retour au critère de prévisibilité fut assuré par l'affaire *Overseas Tankship contre Morts Dock and Engineering Co.*, qui reçut immédiatement force obligatoire en Droit anglais, dans laquelle les juges considéraient que le simple lien direct entre le dommage conséquent et celui qui était initial et prévisible ne suffisait pas à entraîner la responsabilité de l'auteur.

Finalement, cette affaire éclaire en outre sur le sujet de la prévisibilité¹⁸⁴⁵. En effet, la décision précise qu'il s'agit de savoir si le type de dommage était prévisible. Il ne s'agit pas de savoir son montant ou tout autre détail, mais si cette catégorie de dommage pouvait découler des agissements de l'auteur.

Il s'agit alors de préciser que le degré de prévisibilité demandé sera alors fixé selon le dommage causé. Ainsi, lorsque le dommage est causé par la chute d'une balle de cricket sur une femme¹⁸⁴⁶, la prévisibilité demandée devrait être plus importante que dans une affaire telle qu'*Overseas Tankship*¹⁸⁴⁷.

Il importe cependant de préciser que la nécessité de ce critère de prévisibilité est amoindrie lorsqu'il est question de *torts* intentionnels. En d'autres termes, si une personne agissait à fin de causer un préjudice, sa responsabilité ne sera pas amoindrie par le fait que la survenance de ce dernier soit peu probable¹⁸⁴⁸.

Et enfin, il s'agit d'étudier si la chaîne causale n'a pas été coupée entre l'agissement de l'auteur et le dommage subi par la victime. Il s'agit alors d'étudier les *intervening acts*, c'est-à-dire de savoir si un événement postérieur à l'agissement de l'auteur ne peut pas être considéré comme la cause « réelle » du dommage subi par la victime¹⁸⁴⁹.

De la même manière, les PETL, distinguent l'étude des conditions de la responsabilité de celle de son étendue, ainsi, alors que la responsabilité sera retenue, notamment si elle peut être qualifiée de condition *sine qua non*¹⁸⁵⁰, l'étendue de cette responsabilité sera notamment limitée par la prévisibilité du dommage par une personne raisonnable au moment de l'activité¹⁸⁵¹.

698 Finalement, il arrive que face à la difficulté de démontrer que la faute a été créatrice d'un

1844. *Re Polemis v. Furness, Wilthy & Co. Ltd.*, [1921] 3 KB 560 (CA). Cité par HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, op. cit..

1845. *Overseas Tankship (UK) Ltd v. Morts Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound) (N° 1)* [1961] AC 388 ; [1961] 2 WLR 126 ; [1961] 1 All ER 404 ; [1961] 1 Lloyd's Rep 1 (PC). Cité par HORSEY K., *Tort law*, 2nd ed, New York : Oxford University Press, USA, 2011, 616 p., n° 9.3.1.

1846. *Bolton v. Stone*, [1951] AC 850 (HL).

1847. *Overseas Tankship (UK) Ltd v. Morts Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound) (N° 2)*, [1967] 1 AC 617 (PC).

1848. Voir not. *Restatement, Third, Torts : Liability for Physical and Emotional Harm* §33

1849. Voir not. HORSEY K., *Tort law*, 2nd ed, New York : Oxford University Press, USA, 2011, 616 p., n°s 9.3.2 sqq..

1850. PETL, art. 3 :101.

1851. PETL, art. 3.201.

dommage, les Cours utilisent des présomptions. Ainsi en est-il notamment en matière de concurrence déloyale où la Cour de cassation relève « qu'un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale »¹⁸⁵², ou encore que le comportement déloyal cause « un trouble commercial ne serait-ce que moral »¹⁸⁵³.

Pourtant, il est retenu que par principe, « il ne suffit pas à la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice : il lui faut encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le préjudice »¹⁸⁵⁴.

Il s'agira alors d'exclure toutes les fautes qui ne seront pas condition *sine qua non* du préjudice puis d'analyser parmi celles restantes si elles sont directement liées à ce dernier. Cette position est alors identique à celle retenue par le droit de l'Union européenne¹⁸⁵⁵.

Le PETL pour sa part consacre une section au lien de causalité et considère de la même manière que condition doit être *sine qua non*¹⁸⁵⁶, et qu'en cas de multitude de causes *sine qua non*, chacune pouvant avoir causé isolément le dommage doit être considérée comme une cause de ce dernier ; cependant, si la cause effective reste incertaine, la responsabilité devrait être partagée à proportion de la contribution probable au dommage¹⁸⁵⁷. Le risque est alors particulièrement pris en considération et ne sera exclu, pour les autres activités, qu'en présence d'une cause certaine et irréversible¹⁸⁵⁸.

En outre, et par principe, puisque la responsabilité du droit américain repose sur le concept de *tort*, il est nécessaire que l'auteur ait l'intention de causer un préjudice pour que sa responsabilité soit retenue. Cette intention semble alors remplacer la nécessité d'une étude particulière du lien causal¹⁸⁵⁹.

Par exemple, en matière de présentation fausse, il n'est pas nécessaire que la confiance accordée dans la présentation fausse soit le seul ou même le facteur prédominant et décisif de la prise de décision¹⁸⁶⁰.

699 Cela étant, lorsque la conséquence n'est pas intentionnelle, seront pris en considération, l'intention de l'atteinte aux droits, l'élément moral de l'agissement, et la gravité du préjudice souhaité¹⁸⁶¹.

1852. Voir not. Cass. Com. 9 octobre 2001, CCC, 2002, comm n° 6, obs. MALAURIE-VIGNAL, RCA 2001, comm. n° 8, RTD civ. 2002, p.304, obs. JOURDAIN.

1853. Cass. Com., 21 février 2012, 10-27.966, Inédit.

1854. Cass. civ., 14 mars 1892, DP 1892. 1. 523.

1855. KOZIOL H. et SCHULZE R. (dirs.), Tort law of the European Community, 1st ed, Wien ; New York : Springer, 2008 (Tort and insurance law, vol. 23), 693 p., nos 3/28-3/55 ;

voir not. CJUE, 19 mai 1982, *P. Dumortier frères SA et autres contre Conseil des Communautés européennes*, aff. jointes 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, rec. 1982 01733, §21.

1856. PETL, art. 3 :101.

1857. *Ibid.*, art. 3 :102 et 3 :103

1858. *Ibid.*, art. 3 :104.

1859. Restatement, Second, Torts §435A.

1860. Voir commentaire b. sous Restatement, Second, Torts §546.

1861. *Ibid.*, §435B.

Autrement dit, lorsque l'auteur aura été négligent, il sera nécessaire pour la victime de prouver le lien causal liant l'agissement à un préjudice légalement reconnu. Il en découle d'une part que la victime devra prouver le préjudice, mais également qu'il découle de fait de la négligence¹⁸⁶². Ainsi, la responsabilité sera limitée aux préjudices directement causés et légalement définis.

Ainsi, en matière de négligence, celle-ci est une cause légale lorsque la conduite est un facteur substantiel de la création du préjudice¹⁸⁶³, il en découle que le simple fait que le préjudice n'aurait pas été causé si la négligence n'avait pas été commise n'est pas suffisant. Il est en effet nécessaire en outre que cette négligence soit dans l'esprit d'un homme raisonnable la cause du préjudice. Ainsi, même lorsque la théorie de la négligence est employée, l'élément moral de la responsabilité garde une empreinte forte.

Cette théorie sera d'autant plus intéressante lorsque le préjudice trouvera sa cause dans plusieurs comportements. En effet, lorsque la négligence de l'auteur ne sera pas la cause exclusive du préjudice, celle-ci sera considérée comme causale lorsqu'elle sera considérée comme un facteur substantiel de causalité du préjudice¹⁸⁶⁴.

Il y a alors un retour à la notion de faute comme il l'avait été proposé lors de l'étude de l'emploi possible par le droit français de la théorie de la causalité adéquate.

700 Finalement, ce même raisonnement pourrait être appliqué en présence de pratiques commerciales déloyales. Une application qui sera d'autant plus facilitée que la réglementation de ces dernières est en réalité une interdiction pénale.

En effet, selon cette réglementation, une pratique sera déloyale uniquement si elle altère, ou est susceptible d'altérer, le comportement économique du consommateur.

La commission du délit sera alors nécessairement une condition adéquate du dommage causé.

Dès lors, un retour à la théorie de l'équivalence des conditions permettrait de qualifier la pratique de cause à chaque fois que la modification du comportement économique du consommateur n'aurait pas eu lieu sans cette dernière.

Tout ceci menant alors à penser qu'à l'instar de ce qui se pratique en matière de concurrence déloyale, il est possible ici de considérer que le dommage s'infère nécessairement des pratiques commerciales déloyales. La démonstration du préjudice représentant dès lors la condition essentielle de la responsabilité pour pratique commerciale déloyale.

1862. C'est pourquoi la notion retenue est celle de *Cause in fact*.

1863. Restatement, Second, Torts §431, « *The actor's negligent conduct is a legal cause of harm to another if (a) his conduct is a substantial factor in bringing about the harm[...]* ».

Cette formulation est également retenue en matière de diffamation, voir §622A ; ou encore de *malicious falsehood*, v. §632.

1864. Restatement, Second, Torts §432.

Section 3 Le dommage.

701 Au même titre que l'action en dommages-intérêts pour faute de droit civil nécessite l'existence d'un préjudice, ce même préjudice est un élément fondamental des *economic torts*¹⁸⁶⁵.

Cela étant, il serait pertinent de distinguer le dommage du préjudice, permettant ainsi de justifier l'imposition de responsabilité là où le préjudice peut paraître absent. Ainsi, par un recours à la notion primaire de dommage, la réaction de droit commun serait facilitée et justifiée, étant précisé toutefois que si la responsabilité serait ainsi justifiée, il serait nécessaire de revenir à la notion de préjudice pour permettre une indemnisation.

Ainsi, après avoir distingué ces deux notions (§1)¹⁸⁶⁶, souvent employées comme synonymes, il sera possible de lister l'ensemble des dommages pouvant être source de responsabilité (§2)¹⁸⁶⁷.

§1 La distinction entre dommage et préjudice.

702 Traditionnellement, les termes de dommage et de préjudice sont assimilés. Pourtant, tels que l'affirmaient Henri et Léon MAZEAUD, « à l'origine » les termes dommage et préjudice « n'avaient pas le même sens : « le *damnum* » de la loi Aquila désignait l'atteinte à l'intégrité d'une chose [...] sanctionnée sans qu'on recherche si elle causait ou non un préjudice au propriétaire »¹⁸⁶⁸. En outre, un courant doctrinal de plus en plus important vise à distinguer les deux concepts. Ainsi schématiquement, le dommage constituerait « un simple fait résidant dans l'atteinte à un bien, à un droit ou à l'intégrité d'une personne » alors que le préjudice serait sa conséquence patrimoniale ou extrapatrimoniale, la seule ouvrant le droit à indemnisation¹⁸⁶⁹. Il semble d'ailleurs que ce courant ait été suivi par le législateur du 26 septembre 2014 qui, au sujet de l'action de groupe, entérine le fait qu'il existe des dommages qui engendrent des préjudices¹⁸⁷⁰.

1865. *Sefton v. Tophams Ltd.* [1965] Ch 1140.

Voir également TOURNEAU PH. LE (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), n° 575 qui qualifie le dommage de condition *sine qua non* de la responsabilité civile.

1866. p. 418 sqq.

1867. p. 421 sqq.

1868. MAZEAUD H., MAZEAUD L. et CAPITANT H., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 4^e éd., Paris, France : Libr. du Recueil Sirey, 1947 (Tome 1/1), 915 p. ; cité par TOURNEAU PH. LE, « Préjudice », *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 1302 sq., 2010.

1869. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, le fait juridique*, 14^e éd, Paris : Sirey, 2011 (Sirey université), 533 p., n° 133.

TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Mai 2009.

1870. En ce sens PELLETIER C., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *Revue des contrats*, Lextenso, n° 2, 15 juin 2015, p. 403.

Enfin, la jurisprudence sait, elle aussi, différencier ces deux notions quand il s'agit de distinguer le lieu où le dommage s'est produit du lieu où le préjudice a été souffert ¹⁸⁷¹.

- 703** Plus précisément, il est possible d'affirmer qu'alors que le dommage désigne une atteinte, le préjudice est lui la conséquence de cette atteinte ¹⁸⁷².

Ainsi, le dommage peut être distingué selon que l'atteinte soit portée, au corps, aux biens, aux droits, à l'activité, ou à la situation de la victime. Il s'agit alors d'une notion première, car cette atteinte est primaire ; factuelle, car il s'agit d'analyser une situation de fait ; mais aussi objective, car il n'est pas à ce stade tenu compte du sujet-victime.

À l'inverse, le préjudice correspondant aux conséquences de ce dommage sur la victime sera alors une notion seconde, juridique et subjective.

- 704** En ce sens, le droit américain reconnaît, même si les termes sont parfois confondus, une distinction entre l'*injury*, le *damage*, et les *damages* ¹⁸⁷³. En effet, alors que la première correspond à l'atteinte à un intérêt ou un droit protégé ¹⁸⁷⁴, que le second correspond à la perte ou au préjudice découlant de cette atteinte ¹⁸⁷⁵, les derniers correspondent à l'indemnisation de cette perte ¹⁸⁷⁶.

Autrement dit, l'*injury* est l'équivalent du dommage tel que défini dans le présent travail, le *damage* est celui du préjudice, et les *damages* sont ceux des dommages-intérêts.

En effet, le *Restatement of torts*, énonce-t-il en sa section sept que le terme *injury* indique l'atteinte à l'intérêt légalement protégé d'un autre, alors que le mot *harm* est utilisé lorsqu'une perte ou un désavantage de toute sorte est créé au détriment d'une personne ¹⁸⁷⁷.

- 705** Puisque la responsabilité repose sur la commission d'un *tort*, il importe cependant de préciser que, dans les cas où une telle pratique sera intentionnelle, le *tort* lui-même sera vu comme

1871. Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2003, n° 00-18.794, Bull. civ. I, n° 219 ; D. 2004, 233, note DELEBECQUE ; RTD civ. 2004, 96, obs. JOURDAIN ; JCP 2004, II, 10006, note LARDEUX ; Defrénois 2004.382, obs. LIBCHABER ; LPA 23 décembre 2003, 11, note ANCEL ; JDI 2004, p.499, obs. LÉGIER.

1872. LEDUC F., « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2010, dossier 3.

1873. ANDERSON R.E., ARSDALE B.J. VAN, GLENN J.A., INGWERSEN C.V., JACOBS A.J., LEVIN J.K., OAKES K. ET SHAMPO J.J., « Damages », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, §2.

1874. *Bowman v. City of Davenport*, 243 Iowa 1135, 53 N.W.2d 249, 63 A.L.R.2d 853 (1952) ; *Rosnick v. Marks*, 218 Neb. 499, 357 N.W.2d 186 (1984) ; *Carroll v. Rye Tp.*, 13 N.D. 458, 101 N.W. 894 (1904).

1875. *Hanna v. Martin*, 49 So. 2d 585 (Fla. 1950) ; *Jackson v. St. Louis-San Francisco Ry. Co.*, 357 Mo. 998, 211 S.W.2d 931 (1948) ; *Rosnick v. Marks*, 218 Neb. 499, 357 N.W.2d 186 (1984) ; *Sager v. McClenden*, 296 Or. 33, 672 P.2d 697 (1983) ; *Sohm v. Dixie Eye Center*, 2007 UT App 235, 166 P.3d 614 (Utah Ct. App. 2007).

1876. *Monsanto Co. v. Miller*, 455 N.E.2d 392 (Ind. Ct. App. 1983) ; *Turcotte v. De Witt*, 333 Mass. 389, 131 N.E.2d 195 (1955) ; *Jackson v. St. Louis-San Francisco Ry. Co.*, 357 Mo. 998, 211 S.W.2d 931 (1948) ; *Rosnick v. Marks*, 218 Neb. 499, 357 N.W.2d 186 (1984) ; *Sager v. McClenden*, 296 Or. 33, 672 P.2d 697 (1983) ; *Employers Mut. Liability Ins. Co. v. De Bruin*, 271 Wis. 412, 73 N.W.2d 479 (1955).

1877. *Restatement, Second, Torts* §7 : « (1) The word « injury » is used throughout the Restatement of this Subject to denote the invasion of any legally protected interest of another. (2) The word « harm » is used throughout the Restatement of this Subject to denote the existence of loss or detriment in fact of any kind to a person resulting from any cause ».

dommageable et la victime sera toujours autorisée à demander une indemnisation même simplement nominale¹⁸⁷⁸.

Ainsi, tout acte dommageable n'est pas nécessairement préjudiciable, en outre, le préjudice supposant une perte ou un désavantage, toute modification de la situation de la personne ou des biens de la « victime » du fait dommageable n'est pas nécessairement préjudiciable. En effet, une telle modification pourrait être à son bénéfice, à son détriment, ou encore neutre.

Or, traditionnellement le préjudice, et plus précisément la perte pécuniaire¹⁸⁷⁹, est nécessaire aux actions contre des présentations fausses¹⁸⁸⁰. Cette perte pécuniaire résultera alors pour les consommateurs, le plus souvent de la différence entre le prix payé pour le produit présenté et la valeur réelle de ce dernier. La difficulté apparaîtra alors lorsque le produit, tel que présenté, aura la même valeur que celui qui aura été vendu. En effet, dans un tel cas, le montant de la perte pécuniaire sera de zéro. Or, il y aura eu fraude et le produit livré n'aura pas été celui désiré par l'acheteur. Dans un tel cas, le recours en matière extracontractuelle ou pour *tort* n'est pas pertinent et un retour à la matière contractuelle est favorable.

706 Une telle distinction permettrait de classer les dommages en trois catégories, les dommages à un bien, les dommages corporels, et les dommages à une situation.

En réalité, il serait possible de retenir la définition du dommage proposée par l'article 8 du rapport TERRÉ selon lequel, « constitue un dommage toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit. ... »¹⁸⁸¹

Cette définition rejoindrait en outre, celle proposée par l'*European Group on Tort Law* à l'article 2 :101 du PETL, lequel dispose que « *Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.* ».

Et de la même manière, les préjudices seraient classifiés en deux catégories, patrimoniaux et extrapatrimoniaux¹⁸⁸².

En réalité, il semble qu'il ne soit pas pertinent de pousser aussi loin le rejet de la classification traditionnelle. En effet, la *summa divisio* entre dommage patrimonial et extrapatrimonial semble pouvoir persister, à laquelle, il pourrait y être ajouté une troisième catégorie des dommages qui pourraient être qualifiés de « sociaux », et qui reprendraient notamment les dommages qualifiés par le Professeur PAILLARD de dommage à une situation.

1878. DOBBS D.B., *The law of torts*, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series), 1604 p. n^{os} 377 sqq.. Pour un développement sur les dommages-intérêts nominaux, voir not. n^{os} 731 et 790.

1879. *Pecuniary loss* ou de manière plus imagée aussi appelée *out of pocket*.

1880. THOMPSON R.B., « The measure of recovery under rule 10b-5 : A restitution alternative to tort damages. », *Vanderbilt Law Review*, vol. 37, n^o 349, mars 1984 ;

YAHYA M.A., « Can I sue without being injured ? : Why the benefit of the bargain theory for product liability is bad law and bad economics. », *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 3, n^o 83, Winter 2005.

1881. GRARE-DIDIER C., « Du dommage », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), p. 131 sqq..

1882. PAILLARD C., « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue publiciste », *Responsabilité civile et assurances* n^o 3, Mars 2010, dossier 4.

En ce sens, il importe de préciser que l'avant-projet CATALA, propose dans son article 1343 que soit « réparable, tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif »¹⁸⁸³.

En effet, tel que l'affirme le Professeur VINEY, l'allusion à la lésion d'un intérêt collectif permettrait notamment la réparation d'un préjudice écologique¹⁸⁸⁴. Or, ce dernier est en réalité l'un de ce qui a été appelé dans ce travail préjudice « social ».

707 Finalement, cette distinction permettrait de reconsidérer celle opérée entre la réparation en nature et la réparation par équivalent.

En effet, seule la réparation en nature répond tant au dommage qu'au préjudice, il s'agit en effet de réparer le préjudice issu d'un dommage réparable par nature. À l'inverse, la réparation par équivalent agit davantage sur le dommage, et l'indemnisation porte alors davantage un caractère satisfaisant que réparateur.

D'ailleurs en ce sens, l'article 1368 de l'avant-projet CATALA dispose que « la réparation peut, au choix du juge, prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages-intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice », le sens des mots ayant une importance particulière, il convient de noter l'emploi du terme *condamnation* lorsqu'il est sujet de dommages-intérêts, il semble alors que pour les auteurs, seule la réparation en nature doit bénéficier du caractère réparateur alors que celle qui se fait en dommages-intérêts doit être davantage qualifiée de sanction.

La coexistence de ces deux modes de réaction face à la faute subie montre alors à quel point il est nécessaire de lutter à la fois contre les préjudices individuels et collectifs subis, et contre les dommages causés. Or, une telle considération nécessiterait d'aller plus loin que le simple caractère indemnitaire de l'action en responsabilité civile délictuelle.

Enfin, une telle distinction rendrait plus cohérentes les règles *de minimis* s'appliquant aux dommages. En effet, s'il est compréhensible d'appliquer une telle règle aux dommages, l'appliquer aux préjudices reviendrait à ne pas « sanctionner » des fautes parfois très dommageables. En d'autres termes, certaines pratiques commerciales n'engendrent que des préjudices individuels de faible valeur, mais dont l'impact est subi par une multitude de consommateurs, alors, si les préjudices individuels sont faibles, le dommage lui est massif et il est nécessaire de lutter contre ce dernier. Cette lutte sera alors notamment l'objet de l'instauration d'actions de groupe.

§2 Les différents types de dommages considérés.

708 Trois catégories de dommages seront citées ici, le dommage patrimonial (I)¹⁸⁸⁵, le dommage

1883. CATALA P. et France, Ministère de la Justice, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Paris : La Documentation française, septembre 2005, 208 p., art.1343.

1884. *Ibid.*

extrapatrimonial (II)¹⁸⁸⁶, et enfin le dommage social (III)¹⁸⁸⁷.

I Le dommage patrimonial .

709 Un dommage patrimonial, ou économique, est constitué d'une atteinte au patrimoine de la victime, il est donc aisé à quantifier.

Cela étant, ce dommage patrimonial peut lui-même être divisé en sous-groupes, il s'agira tout d'abord du dommage matériel, et ensuite du dommage pécuniaire.

En réalité, il s'agit ici de diviser le patrimoine de la victime. En effet, ce dernier sera partagé entre les biens de la victime et son patrimoine purement pécuniaire. Ainsi, son patrimoine pourra être atteint par le biais de ses biens, ce qui sera constitutif d'un dommage matériel, ou par le biais de son patrimoine pécuniaire, constitutif d'un dommage pécuniaire.

710 Concernant le dommage matériel, celui-ci ne distingue pas entre l'atteinte à la valeur d'usage du bien, et celle portée à sa valeur vénale¹⁸⁸⁸. Cette situation est en outre heureuse puisqu'il ne s'agirait en réalité pas d'une question de dommage, mais de préjudice. En effet, il est ici possible d'affirmer qu'il est principalement, objectivement et factuellement étudié une atteinte au bien, ce qui impose un dommage matériel, duquel il peut découler secondairement, subjectivement et selon une qualification juridiquement retenue une atteinte soit à la valeur vénale du bien soit à sa valeur d'usage.

711 De la même manière, le dommage pécuniaire est parfois divisé. En effet, certains auteurs le scindent notamment entre le dommage pécuniaire comme conséquence du dommage corporel et le dommage purement économique.

Il semble encore une fois que cette distinction soit le résultat d'une méprise rendant synonymes le dommage et le préjudice.

En effet, suivant la distinction opérée plus haut, il est possible d'affirmer que les conséquences pécuniaires d'un dommage corporel ne seraient en réalité qu'une catégorie de préjudice et non de dommage. Ainsi, le dommage serait corporel, car il serait principalement, factuellement et objectivement porté atteinte au corps de la victime, mais le préjudice serait quant à lui pécuniaire, car l'atteinte secondaire, juridiquement construite et subjectivement subie est quant à elle évaluée en argent.

Mais ce type de dommage ne pouvant en principe pas découler des pratiques commerciales déloyales, la distinction ne sera pas davantage développée.

Cette notion de préjudice patrimonial pur pose cependant davantage de difficultés outre-Atlantique. En effet, au même titre que la *common law* a choisi de catégoriser les types de fautes

1885. p. 422 sqq.

1886. p. 425 sqq.

1887. p. 431 sqq.

1888. Voir en ce sens, GHESTIN J. (Dir.), VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S., Les conditions de la responsabilité, 4^e édition, Paris, France : LGDJ-Lextenso éditions, n° 251-1.

engageant la responsabilité de leur auteur, elle a décidé de ne protéger par leur biais que certains intérêts. Il en découle alors que d'autres intérêts ne se trouvent, *de jure*, pas protégés¹⁸⁸⁹. Il convient cependant de préciser que le développement du *tort of negligence* a permis de combler de vide laissé par les autres *torts*.

712 Ainsi, le droit anglais distingue le préjudice purement économique des autres. En effet, au sein des préjudices économiques¹⁸⁹⁰, il est souvent question de *pure economic loss* où il est fait appel à la caractéristique individuelle du préjudice physique¹⁸⁹¹. Une telle distinction a notamment été opérée dans l'affaire *Spartan Steel & Alloys v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*¹⁸⁹², où la victime possédait une usine d'acier et l'employé de l'auteur avait accidentellement coupé un câble électrique fournissant l'électricité à cette usine. La victime avait alors demandé une indemnisation pour le mélange qui était dans la machine, pour la machine elle-même, et pour les pertes de profits relatifs aux délais de remise en route de la machine. La Cour d'appel, après avoir accepté l'indemnisation pour le mélange et la machine ainsi que les pertes de revenu y affaissant, a refusé d'indemniser les pertes de profits relatifs au délai de redémarrage de la machine. Le refus d'indemnisation d'un tel préjudice, pourtant prévisible, fut alors expliqué par Lord DENNING comme justifié par une question de pragmatisme et de politique. Il s'agissait alors d'éviter qu'un tel type de demande d'indemnisation ne prolifère.

De tels rejets, bien qu'expliqués par des raisons de politique, semblent cependant bien éloignés des nécessités de sécurité juridique. En effet, le propriétaire prévoyait ces gains, en outre si la prévisibilité des préjudices initiaux ne posait pas de difficultés, il va de soi que dans un contexte économique, une chaîne des répercussions est *in abstracto* aisément décelable, ce qui rend d'autant plus incompréhensibles ces décisions. Cela étant, il convient de préciser que cette affaire se situe dans un contexte de négligence et qu'alors il s'agit de se situer dans une vision aristotélicienne entre les nécessités de sécurité des acteurs économiques. En effet, une telle expansion des demandes d'indemnisation viendrait freiner l'activité économique des acteurs qui, acceptant de réparer les préjudices directement causés, ne souhaiteraient pas prendre le risque de devoir payer pour des préjudices plus éloignés. Malheureusement, cette expansion a tout de même eu lieu à partir des années 1970 jusqu'à la fin des années 1980¹⁸⁹³.

Parallèlement, il peut exister un *relational economic loss*, celui-ci se distingue par le fait que l'auteur a porté une atteinte physique à un tiers ou à ses biens avec lesquels la victime était en relation. Ce type de perte semble dès lors particulièrement convenir à la situation de l'étude. En effet, lorsque l'auteur d'une pratique commerciale déloyale aura porté atteinte à un concurrent, notamment à ses signes distinctifs, il aura par la même occasion porté atteinte

1889. GERVEN W. VAN, LEVER J., LAROCHE P., VON BAR et VINEY G., *Tort law, Scope of Protection*, Oxford ; Portland, Or. : Hart, 2000 (Common Law of Europe Casebooks).

1890. Voir pour une étude plus large, not. BERNSTEIN R., *Economic loss*, 2nd éd., London : Sweet & Maxwell, 1998.

1891. Sans quoi il serait qualifié de *consequential economic loss*.

1892. [1973] QB 27.

1893. HARPWOOD V., *Principles of tort law*, 3rd éd., London : Cavendish, 1997. p. 78 sqq..

au consommateur-victime par sa relation avec les biens, les services ou encore la personne du concurrent. Il s'agirait alors ici d'une lecture inversée de la situation exposée par la directive. En effet, au lieu de situer la relation première entre le concurrent déloyal et le consommateur-victime et la relation secondaire entre les deux concurrents, les rapports initiaux et secondaires seraient inversés. Ce serait alors par l'atteinte aux droits du concurrent que l'auteur des pratiques déloyales serait responsable vis-à-vis des consommateurs se situant dans une relation avec ce dernier, c'est-à-dire, les consommateurs se trouvant sur le marché en question.

Cela étant, l'ouverture de ce type d'indemnisation est soumise à une règle exclusive¹⁸⁹⁴ selon laquelle la victime relationnelle ne pourrait être indemnisée sur ce fondement que si elle avait des intérêts de possession ou de propriété en rapport avec la victime initiale ou ses biens, ce qui semble alors fermer l'accès des consommateurs à une telle action.

Enfin, la perte peut être le fait d'un produit ou immeuble défectueux, ou encore infligée par un tiers.

- 713** En cas de *misrepresentation*, l'auteur d'une telle pratique sera responsable des pertes pécuniaires engendrées par le ralliement des destinataires de la présentation fausse à cette dernière¹⁸⁹⁵. Cela étant, toutes les pertes pécuniaires ne seront pas légalement considérées comme causées par la pratique. Ainsi, seules les pertes qui pouvaient être raisonnablement attendues de la confiance accordée à la déclaration fausse pourront être mises à la charge de l'auteur¹⁸⁹⁶.

L'indemnisation devra alors notamment prendre en considération, d'une part, la différence entre la valeur du produit reçu et le prix payé, et d'autre part, les pertes conséquentes de la confiance accordée aux déclarations. Cette formulation permet alors de distinguer entre la perte directe et celle qui ne sera qu'indirecte¹⁸⁹⁷.

Cela étant, parfois la présentation fausse ne sera pas faite sur la valeur du produit et la victime n'aura subi aucune réelle perte conséquence de la déclaration. Dans de tels cas, la responsabilité de l'auteur semblerait alors impossible à actionner, c'est pourquoi le second point de la section 549 précise que lors de transactions d'affaires, la victime pourra recevoir d'autres dommages et intérêts correspondant au bénéfice qu'elle aurait tiré du contrat. Il s'agira alors pour elle de recevoir de la part de l'auteur l'exécution de ce qui lui aura été présenté pour obtenir son engagement.

Le *malicious falsehood* prend lui aussi en considération ces pertes pécuniaires, et les limites à celles qui résultent directement et immédiatement de la conduite du tiers, et aux dépenses et mesures raisonnablement nécessaires en réaction à la publication¹⁸⁹⁸.

En outre, l'indemnisation ne suit pas le principe français de l'intégralité. Ainsi, en cas notamment de diffamation, il est intéressant de noter que le *Restatement* souligne la possibilité

1894. Cette règle est appliquée au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande, et aux États-Unis, mais pas en Australie ou au Canada.

1895. *Restatement*, Second, Torts §546.

1896. *Restatement*, Second, Torts §548A.

1897. *Ibid*, §549 (1) (a) et (b).

1898. *Restatement*, Second, Torts §633.

de recourir à la notion de *nominal damages* lorsque la diffamation est insignifiante, que le jury pense qu'il n'y a pas de préjudice substantiel, ou que sa preuve n'est pas acquise¹⁸⁹⁹.

- 714** Enfin, concernant la directive, elle précise expressément que son objet est de protéger les intérêts économiques des consommateurs¹⁹⁰⁰, en ce sens, elle exclut notamment la santé et la sécurité de ces derniers de son champ de protection¹⁹⁰¹.

Il semblerait alors qu'à l'instar des *economic torts* anglo-américains, seuls les dommages purement économiques puissent être protégés.

Cependant, cette directive s'appliquant sans préjudice des recours individuels¹⁹⁰², il reviendra aux juridictions nationales d'élargir ou non la protection de droit commun à des dommages extrapatrimoniaux.

Il semble cependant qu'une telle ouverture lors de recours formés par des consommateurs serait contraire à la volonté de protection de la directive et ne devrait jouer que de manière restreinte.

À l'inverse, pour les victimes professionnelles loyales, le considérant huit qui limite la protection aux intérêts économiques des consommateurs ne limite ici pas cette protection incidente. Il s'agira dès lors d'étudier comment des intérêts extrapatrimoniaux pourront être protégés.

II Le dommage extrapatrimonial .

- 715** Les dommages extrapatrimoniaux pour leur part, parfois nommés dommages moraux, sont constitués par l'atteinte à une valeur autre que son patrimoine. Il s'agira par exemple d'une atteinte à sa personne. La difficulté est alors que ce caractère extrapatrimonial le rend plus difficile à quantifier.

Ici encore, ces dommages pourront être divisés. Étant constitué d'une atteinte à la personne, il s'agira en réalité de voir ce que constitue la personne et là encore il est possible de voir que le dommage peut atteindre la personne dans son corps, il s'agira alors de dommage corporel, mais aussi dans son âme et il sera alors question du dommage purement moral qui a trait aux sentiments¹⁹⁰³, ou aux attributs de cette dernière.

- 716** Cette dernière catégorie de dommage est celle qui pose le plus grand nombre de difficultés. En effet, de prime abord, il semble difficile de justifier le fait de *monnayer* la souffrance morale, sentimentale que l'on éprouve. En outre, une telle indemnisation n'est-elle pas contraire aux principes mêmes de l'indemnisation ? En effet, l'indemnisation a pour principal objectif de remettre la victime dans la situation qui était la sienne avant qu'elle ne subisse de préjudice. Il

1899. Restatement, Second, Torts §620.

1900. Dir. 2005/29/CE, consid. 8.

1901. Voir *supra*, p. 50 sqq.

1902. Dir. 2005/19/CE, consid. 9.

1903. Ces sentiments seront notamment atteints lors d'atteinte portée à l'intimité de la vie privée de la victime, à son image, son honneur ou encore sa réputation.

s'agit alors d'appliquer le principe de l'indemnisation intégrale visant à réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice. Or, lors de l'indemnisation d'un sentiment ou d'une souffrance morale, l'indemnisation viendra œuvrer à côté du préjudice et non face à lui. En effet, prenant l'exemple le plus flagrant de la perte d'un être cher, il est certain qu'un dommage moral est créé. Cependant, une indemnisation, nécessairement pécuniaire, viendrait-elle effacer le chagrin ? Il semble que la réponse à cette question soit non, l'indemnisation ne sera alors pas intégrale en ce sens que le préjudice subi ne serait pas réparé, mais aussi dans ce sens qu'elle aura comme fonction de sanctionner l'auteur et non de lui faire réparer sa faute.

Il s'agira alors en réalité de l'imposition d'une peine privée¹⁹⁰⁴, compréhensible en elle-même, mais non justifiable au visa de l'institution utilisée¹⁹⁰⁵. D'ailleurs en Espagne également, la reconnaissance d'un préjudice moral est parfois employée afin de pallier la difficulté de preuve d'un autre préjudice¹⁹⁰⁶.

717 Le droit américain considère quant à lui, à travers certaines juridictions, que certains de ces préjudices moraux tels que l'humiliation, l'outrage, l'atteinte à la dignité peuvent trouver leur indemnisation grâce aux dommages-intérêts punitifs.¹⁹⁰⁷

Cependant, le *Restatement* avoue que ces préjudices sont en aucun cas similaires au préjudice pécuniaire et qu'une somme d'argent ne peut équivaloir un état d'esprit, mais refuse de leur voir accordé le statut de dommages-intérêts punitifs.

De la même manière, Lord HAILSHAM qualifiait l'allocation de dommages-intérêts pour des pertes non pécuniaires comme une « tâche intrinsèquement impossible »¹⁹⁰⁸.

1904. RIPERT G., « Le prix de la douleur », D., 1948, 1^{er} cahier, Chronique I.

1905. À l'inverse, le Doyen RIPERT affirmait que « s'il est vrai que la loi civile sanctionne le devoir moral de ne pas nuire à autrui, comment pourrait-elle, alors qu'elle défend le corps et les biens, rester indifférente en présence de l'acte nuisible qui s'attaque à l'âme ? Nous ne devons pas seulement respecter le patrimoine du prochain, mais aussi son honneur, ses affections, ses croyances, ses pensées ». RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2014 (Anthologie du Droit). n^{os} 181 sqq..

Il précise toutefois, que lorsque l'atteinte est grave et publique, il appartient à la loi pénale, considérant le trouble à l'ordre social de la réprimer, et que ce n'est que lorsque l'atteinte n'est que peu grave que la responsabilité civile vient en substitution de la loi pénale, et qu'en outre, certains dommages sont par nature irréparables, qu'alors la réparation n'aurait qu'un « rôle hédonistique » en substituant à un agrément perdu un nouvel agrément ce qui bien sûr ne peut être possible dans toute situation

1906. En ce sens : VICENTE DOMINGO E., « El daño », in L.F. REGLERO CAMPOS et J.M. BUSTO LAGO (dirs.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a éd., Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi-Thomson Reuters, 2013, p. 81-105 ; Citant STS 12 julio 1999, RJ 1999, 4770.

1907. Voir, *Morganroth & Morganroth v. DeLorean*, 123 F.3d 374, 48 Fed. R. Evid. Serv. 121, 38 Fed. R. Serv. 3d 348, 1997 FED App. 0241P (6th Cir. 1997)

1908. *Cassell v. Broome* [1972] AC 1027 at 1070.

Voir aussi Lord MORRIS dans *Parry v. Cleaver* [1969] 2 WLR 821 : « *To compensate in money for pain and for the physical consequences is invariably difficult but it is recognised that no other process than that of making a monetary assessment. No sort of arithmetical calculation is possible. Money cannot really compensate for the loss of a limb or for any permanent deprivation of physical abilities or indeed for pain and suffering. There can be no equation between purchasing power and those things which cannot be purchased. But a money award is all that is possible. It is the best that can be done.* »

Ou encore DICKSON dans *Andrews v. Grand and Toy Alberta Ltd.* [1978] 83 DLR (3d) 452 : « *There is no medium of exchange for happiness. There is no market for expectation of life. The monetary evaluation of non-pecuniary losses is a philosophical and policy exercise more than a legal or logical one. The award must be fair*

Mais depuis, il est comme en France reconnu que de tels préjudices peuvent être indemnisés par l'allocation d'une somme légitime¹⁹⁰⁹. Certains États d'ailleurs, tels que le Tennessee, souhaitent imposer des limitations à l'indemnisation du préjudice moral. Mais cette limitation contrevenant au droit constitutionnel à un procès basé sur le pouvoir d'appréciation du jury, il a récemment été jugé qu'une telle limitation, bien que se justifiant pour des raisons économiques, était inconstitutionnelle, car contrevenante à la liberté d'appréciation du jury populaire¹⁹¹⁰.

Ainsi, en droit anglais, il est commun de parler tant du dommage non économique¹⁹¹¹ que du préjudice non économique¹⁹¹².

Parmi les préjudices non économiques, existe notamment le préjudice de réputation¹⁹¹³. En effet, il peut être affirmé sans difficulté que la raison d'être du *tort of defamation* est la protection de la réputation. Ainsi, permettre une indemnisation de l'atteinte à cette réputation paraît aller de soi¹⁹¹⁴.

D'un autre côté, il est établi que d'autres *torts* que celui de diffamation permettent de réparer les pertes économiques conséquentes du dommage porté à la réputation¹⁹¹⁵.

Lord SCARMAN affirmait alors que le « principe de la loi est que la compensation doit autant que possible mettre la partie qui a souffert du dommage, dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait pas été soumise au comportement fautif »¹⁹¹⁶

and reasonable, fairness being gauged by earlier decisions ; but the award must also of necessity be arbitrary or conventional ».

1909. Le terme utilisé étant *fair*, qui a un sens multiple, mais intègre des notions telles que la loyauté, il s'agit alors que l'indemnisation de tels préjudices tente de réparer l'injustice causée par l'auteur et ne soit *a contrario* pas créatrice d'une injustice supplémentaire.

Voir not. LUNNEY M. et OLIPHANT K., *Tort law : text and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2000, 819 p., p. 727.

1910. Voir en ce sens *Clark v. Cain, et al.*, Hamilton County Circuit Court Docket No. : 12C1147 (9 mars 2015) où le juge THOMAS considère que les sections 29-30-101, et suivante du TCA sont inconstitutionnelles. Un appel sera certainement formé et mènera alors les juges d'appel ou de la Cour suprême à contrôler la constitutionnalité de la réforme du droit des *tort* du Tennessee.

NEFFLEN J.P. et BURR & FORMAN, « Tennessee Tort Reform Ruled Unconstitutional », JD Supra, 11 mars 2015. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/tennessee-tort-reform-ruled-unconstitution-68948/>.

1911. Connu sous le nom de *non-pecuniary harm*.

1912. Connu sous le nom de *non-pecuniary loss*.

1913. *Loss of reputation*.

1914. Voir not. *McCarey v. Associated Newspapers Ltd.* (N° 2), [1965] 2 QB 86 (CA) 104-105 ; *Fielding v. Variety Inc.*, [1967] 2 QB 841 (CA) ; *John v. MGN Ltd.*, [1997] QB 586 (CA) 607. Cités par HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Pub., 2010, 323 p., p. 85 sqq..

1915. *Lonrho plc. v. Fayed* (N° 5), [1993] 1 WLR 1489 (CA) 1496, 1501, 1508 ; *Spring v. Guardian Assurance plc.*, [1995] 2 AC 296 (HL). Cités par HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, op. cit..

1916. Traduction libre de *Lim v. Camden & Islington Area Health Authority* [1980] AC 174 at 187 ; cité par LUNNEY M. et OLIPHANT K., *Tort law : text and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2000, 819 p., p. 711.

Mais il semble que cette locution ait été employée pour la première fois par Lord BLACKBURN dans *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* [1980] 5 App. Cas. 25, 39. Cité par DEAKIN S.F., JOHNSTON A.C. et MARKESINIS B.S., *Markesinis and Deakins Tort Law*, op. cit.

Il serait alors question de baser l'indemnisation sur la compensation du préjudice subi par la victime et non sur le gain réalisé par l'auteur. Ce droit rejoindrait alors le droit français et le principe de *restitutio in intergrum*. Les mêmes questions que celles soulevées par les juristes français se trouvent alors posées. En effet, qu'en est-il lorsque le préjudice n'est pas évaluable en argent ou que le bien est irremplaçable. En général, ce type de dommages-intérêts est considéré comme des *general damages*¹⁹¹⁷, et les juristes anglo-américains utilisent alors la notion de *fair compensation* (ou *better satisfaction*), il s'agit alors d'indemniser de manière loyale, raisonnable et juste¹⁹¹⁸.

Il a alors été considéré que cette indemnisation devait être vue comme « l'admission d'un regret d'avoir causé une blessure impondérable plutôt que comme une compensation à proprement parler »¹⁹¹⁹.

Enfin, le *Restatement* précise que le préjudice émotionnel découlant d'une conduite « extrême et outrageuse », doit être réparé¹⁹²⁰. Bien qu'admettant alors la réparation du préjudice purement émotionnel, cet article précise toutefois que l'acceptation doit être une réaction à une action extrême créant un préjudice émotionnel important. Il est alors nécessaire de considérer que cette indemnisation doit uniquement être vue comme une exception.

Il apparaît alors qu'aux États-Unis comme en France l'indemnisation du préjudice émotionnel pose certaines difficultés. Ainsi, certaines Cours refusent d'indemniser le préjudice émotionnel consécutif d'une *deceit*¹⁹²¹, d'autres incluent l'indemnisation des préjudices émotionnels au sein des dommages et intérêts punitifs¹⁹²², tout en affirmant que ces dommages-intérêts exemplaires formaient une compensation supplémentaire¹⁹²³. Ce qui fait que ces dommages-intérêts ne sont ni purement punitifs ni compensatoires ; ils sont une augmentation des préjudices réellement subis et quantifiables du fait de la gravité des actes de l'auteur, gravité ayant

1917. ANDERSON R.E., ARSDALE B.J. VAN, GLENN J.A., INGWERSEN C.V., JACOBS A.J., LEVIN J.K., OAKES K. et SHAMPO J.J., « Damages », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, §263.

Washington Times Co. v. Bonner, 86 F.2d 836, 110 A.L.R. 393 (App. D.C. 1936) ; *Craney v. Donovan*, 92 Conn. 236, 102 A. 640 (1917).

1918. Traduction libre de *Rowley v. London and North Western Ry. Co.* [1873] LR 8 Exch. 221 at 231 cité par DEAKIN S.F., JOHNSTON A.C. et MARKESINIS B.S., *Markesinis and Deakins Tort Law*, op. cit.

Voir aussi *Fletcher v. Autocar and Transporters Ltd.* [1968] 2 Q.B. 322.

1919. Traduction libre de Lord CARMONT dans *M'Leish v. Fulton & Sons* [1955] S.C. 46. Cité par HEUSTON R. F. V. et BUCKLEY R. A., *Salmond & Heuston on the law of torts*, 20th ed, London : Sweet & Maxwell, 1992, 604 p., n° 23.1.

1920. *Restatement (Third) of Torts*, §46 : « *An actor who by extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional harm to another is subject to liability for that emotional harm and, if the emotional harm causes bodily harms, also for the bodily harm* ». Cité par DOBBS D.B., HAYDEN P.T. et BUBLICK E.M., *Torts and compensation : personal accountability and social responsibility for injury*, Seventh edition, St. Paul, MN : West, 2013 (*American casebook series*), 1107 p., Chap. 19.

1921. Par exemple, *Galego v. Knudson*, 573 P.2d 313, 318 (Or. 1978).

1922. Voir not. *Harris v. Wagshal*, 343 A.2d D.C. 283, 288 n.13 [1975] ;

Newton v. Standard Fire Ins. Co., 291 N.C. 105, 102, 229 S.E.2d 297, 301 [1976] ;

Cités par MERRITT A.L., « Damages for emotional distress in fraud litigation : Dignitary torts in a commercial society », *Vanderbilt Law Review*, vol. 42, n° 1, janvier 1989.

1923. *Willett v. Ford Motor Co.*, 400 Mich. 65, 71, 253 N.W.2d 111, 113 [1977].

pour effet de soumettre la victime à une situation émotionnellement préjudiciable. Il serait alors question notamment de réparer l'atteinte à la dignité de la victime ¹⁹²⁴.

De la même manière au niveau européen, la CEDH, après avoir rappelé qu'il ne faut pas écarter de manière générale la possibilité d'octroyer à une personne morale une réparation de son préjudice moral ¹⁹²⁵, est venue allouer à la victime une somme de 25000 euros de dommages-intérêts relatifs au poste du préjudice moral découlant des « désagréments considérables, ne serait-ce que sur la conduite des affaires courantes de la société » ¹⁹²⁶. Il importe en outre de préciser que la ligne de défense de l'État d'Italie reposait sur le fait que le constat de la violation constituait une satisfaction suffisante, ce qui démontre alors le caractère satisfactoire encore reconnu à ce type d'indemnisation.

En ce sens, le rapport TERRÉ, confirme et assume que « la forme et le montant de la réparation (du préjudice moral) peuvent n'avoir qu'une portée symbolique » ¹⁹²⁷.

Il semble alors qu'au moins en la matière, un tel dommage ne saurait être indemnisé économiquement sans engendrer un glissement de la déloyauté subie de la victime initiale vers l'auteur de la pratique.

718 Cette situation étant d'autant plus flagrante que le dommage moral de la personne morale a, lui aussi, été reconnu ¹⁹²⁸.

Dans un tel cas, ce serait alors l'élargissement du dommage moral pur aux attributs de la personne qui apparaît être son salut.

Ainsi, ce n'est que ce dernier qui peut expliquer l'admission qu'une personne morale puisse être atteinte d'un dommage moral. Or, ce dommage moral se réalisera le plus souvent par une atteinte à sa réputation, ou à ce qu'il est convenu d'appeler son image de marque ¹⁹²⁹.

À ce titre, le Professeur LE TOURNEAU, nous offre un florilège de situations dans lesquelles la possibilité d'un dommage moral a été accordée à une personne morale ¹⁹³⁰.

Ainsi en est-il du cas où une marque aura été utilisée, « de façon massive » dans un film pornographique ¹⁹³¹, de la situation où une entreprise aura été accusée d'avoir contrefait un

1924. MERRITT A.L., « Damages for emotional distress in fraud litigation : Dignitary torts in a commercial society. », *Vanderbilt Law Review*, vol. 42, n° 1, janvier 1989.

1925. Rappelant alors *Comingersoll c. Portugal [GC]*, n° 35382/97, CEDH 2000-IV, § 32-35.

1926. *BELVEDERE ALBERGHIERA SRL c. ITALIE*, n° 31524/96, CEDH 30 octobre 2003, § 38-42.

1927. TERRÉ F., « Le préjudice moral », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), p. pp. 223 sqq. ; art. 69 du rapport.

1928. TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., *Droit civil les obligations*, 11^e éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 712-2 ; Citant Cass. Com., 9 février 1993. Bull. civ. IV, n° 53 ; Cass. Com. 15 mai 2012, D. 2012. 2285, note DONDERO, Rev. soc. 2012. 620, note STOFFEL-MUNCK, JCP 2012, 6004, obs. STOFFEL-MUNCK, RTD civ. 2013, 85, obs. HAUSER.

1929. CA Paris, 20 septembre 1994, Gaz. Pal. 1995. I. Somm. 97 ; cité par TOURNEAU PH. LE, « Droit du marché et droit commun des obligations ; De la spécificité du préjudice concurrentiel », RTD Com. Dalloz, 1998, p. 83.

1930. TOURNEAU PH. LE, « Préjudice », *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 1302 sq., 2010, n° 1605.

1931. Cass. com., 6 juillet 1979, D. 1980, IR 416, obs. LARROUMET.

brevet¹⁹³², ou qui aura été diffamée¹⁹³³, notamment par une présentation fausse de sa situation comme compromise¹⁹³⁴, ou encore de la société qui aura été victime de concurrence déloyale¹⁹³⁵.

Or, et c'est pourquoi le recours aux attributs de la personne paraît être une planche de salut pour l'attribution de la capacité d'une personne morale à subir un dommage moral, ce dernier sera limité par le fait qu'une telle personne ne peut logiquement pas ressentir de douleur.

Ainsi, cette acceptation permet davantage de creuser le gouffre entre les notions de dommage et de préjudice. En effet, alors que le dommage sera moral, il est évident que le préjudice sera économique. Cette distinction irait alors dans le sens de ce qu'affirmait Philippe LE TOURNEAU dans l'article précité sans pour autant que la ligne de critique soit la même. En effet, alors que ce dernier critiquait que le préjudice soit qualifié de moral, il est alors question de substituer à la notion de préjudice celle de dommage. Ainsi, le dommage lui est moral alors que le préjudice, comme l'affirme exactement le Professeur LE TOURNEAU est de nature patrimoniale.

De la même manière, le droit néerlandais précise que la victime a droit à la compensation de son préjudice si celui-ci découle d'une atteinte à son honneur ou à sa réputation¹⁹³⁶. La distinction présente entre l'honneur et la réputation est par ailleurs intéressante. En effet, il semble que l'honneur doit être réservé à la personne physique tandis que la réputation peut être considérée comme pouvant appartenir à la personne morale. En effet, cette réputation est un élément qui peut souvent se trouver comme étant attractif de clientèle.

719 Ainsi alors, on assisterait à une patrimonialisation des attributs de la personne. Autrement dit, il découlerait de l'atteinte aux droits de la personnalité de la victime, un manque à gagner équivalant le montant qu'elle aurait pu le monnayer.

Cette théorie peut alors également être appliquée à la protection de la vie privée des personnes physiques, pour lesquelles, les Hauts magistrats n'hésitent pas à affirmer que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »¹⁹³⁷.

Un tel raisonnement est par ailleurs appliqué en Espagne où il a été jugé que l'existence même du préjudice moral n'a de sens qu'envers la personne physique et non envers la personne morale. Une telle personne morale peut alors être victime d'une atteinte à sa réputation, mais cette atteinte ne pourra qu'être matériellement préjudiciable¹⁹³⁸.

1932. CA Paris, 4 mai 1981, Gaz. Pal., 1981, 2, 742.

1933. Cass. crim., 12 juin 1956, Bull. crim., n° 46.

1934. CA Paris, 25 janvier 1988, D. 1988, IR 50.

1935. Cass. com., 9 février 1993, n° 91-12.258, Bull. civ. IV, n° 53.

1936. Burgerlijk Wetboek, art. 6 :106,1,b.

1937. Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 378 ; D. 1997, p.403, note LAULOM ; *ibid.* somm. p.289, obs. JOURDAIN ; RTD civ. 1997, p.633, obs. HAUSER ; JCP G 1997, I, 4025, n° 5, obs. VINEY ;

Voir également l'étude sur ce point de la protection de la vie privée par les droits anglo-américains : *supra*, n°s 425 sqq..

1938. STS 24 febrero de 2005, 234/2005 ;

not. citée par GRANADOS PÉREZ C. et O'CALLAGHAN MUÑOZ X., Responsabilidad civil « ex delicto », Las Rozas (Madrid) : La Ley, 2010, p. 110.

720 Il permettrait d'ailleurs, en outre, d'expliquer la protection américaine de l'utilisation des noms de célébrités au sein notamment de noms de domaines. En effet, ces noms ne sont, le plus souvent, pas déposés comme marques et la seule célébrité ne suffit pas à constituer une marque¹⁹³⁹. Cependant, tel que l'explique le Professeur J.D. LIPTON, plusieurs éléments peuvent justifier la protection du nom d'une célébrité, et parmi eux figurent notamment, la protection de ses intérêts commerciaux, la lutte contre un enrichissement injuste, ou encore le contrôle des contenus à leur propos¹⁹⁴⁰.

721 Finalement, il convient de souligner en ce sens que récemment, une étude menée par le groupe HAVAS MEDIA (du 5 au 20 août 2014) a notamment révélé que 45,2% des internautes seraient prêts à accepter le suivi de leurs données digitales en toute transparence moyennant une contrepartie financière. Cela démontre alors encore une fois qu'une patrimonialisation des attributs extrapatrimoniaux des personnes, tels que leurs données privées, est possible et souhaitée par près de la moitié des internautes¹⁹⁴¹.

III Le dommage « social » .

722 Ce dommage sera nommé social, car l'intérêt protégé est davantage l'intérêt général que l'intérêt individuel d'une victime. Est alors victime du comportement, la société en son entière.

La notion est alors fondamentalement politique, et il s'agit de protéger les individus, ou une pluralité d'intérêts individuels par la protection d'un intérêt, si ce n'est général, du moins collectif.

Ici alors, la distinction entre dommage et préjudice vient démontrer tout son intérêt. En effet, alors que le dommage est porté sur un concept général, il découle de celui-ci une multitude de préjudices réparables.

723 Le dépassement de l'intérêt individuel se retrouve aussi dans le rapport TERRÉ, où l'alinéa second de l'article 8 dispose que « l'atteinte à un intérêt collectif, telle l'atteinte à l'environnement est réparable dans les cas et aux conditions déterminés par la loi ». Il est ici intéressant de remarquer que la notion employée est celle d'intérêt collectif et non général, il semble alors que les rédacteurs de ce rapport¹⁹⁴², aient considéré que seuls certains individus puissent être touchés par ce type de dommage.

Il semble cependant que l'intérêt ici protégé serait davantage général que collectif. En effet, si cette position est discutable pour les domaines choisis dans ce travail (intérêt des consomma-

1939. *Chung, Mong Koo v. Individual*, WIPO Arbitration and Mediation Center Case n° D2005-1068, 2005 WL 3841676, §6, 21 décembre 2005.

1940. LIPTON J.D., « Celebrity in cyberspace : A personality rights paradigm for personal domain name disputes. », *Washington and Lee Law Review*, vol. 65, n° 1445, Fall 2008.

1941. <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/les-francais-et-leurs-donnees-personnelles-etude-1/>.

1942. TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), 224 p..

teurs et intérêt du marché), mais s'explique par le choix occidental d'une société de consommation où tout à chacun est consommateur et se trouve sur le marché, elle ne semble au contraire ne pas être sujette à discussion lorsqu'il est question d'environnement.

Il s'agit alors ici de faire preuve de rigueur dans la distinction proposée entre le dommage et le préjudice pour encore une fois distinguer le dommage qui porte sur un intérêt *général* (l'environnement, la protection du marché, des consommateurs), et le préjudice qui lui, pourra être individuel ou collectif (ou ne pas être), et ainsi impacter par exemple un groupe de consommateur.

Parmi ces dommages pourront être distingués, le trouble commercial (A)¹⁹⁴³, et le dommage collectif des consommateurs (B)¹⁹⁴⁴.

A Le trouble commercial .

724 Il semblerait en ce sens que le droit de la concurrence déloyale, fondé sur celui de la responsabilité civile délictuelle, ait pour objectif de lutter contre le dommage concurrentiel, lequel pouvant être la cause de deux préjudices : le premier au concurrent loyal victime de la pratique et le second au processus concurrentiel au bout duquel doit être inclus le consommateur¹⁹⁴⁵.

En outre, ce dommage concurrentiel ou trouble commercial est considéré par la jurisprudence comme s'inférant de l'acte déloyal¹⁹⁴⁶. Il serait alors possible, *mutatis mutandis*, de considérer que ce trouble commercial puisse être considéré comme s'inférant des pratiques commerciales déloyales sujettes de la directive 2005/29/CE. Un trouble pouvant être lui-même la source du préjudice du concurrent loyal, mais aussi du consommateur devant être vu comme un véritable acteur du jeu concurrentiel.

Cette solution pousse certains auteurs à considérer qu'il existe en matière de concurrence déloyale, une présomption simple de préjudice. Une déduction qui semble en outre confirmée par la jurisprudence qui annonce notamment « qu'il découle nécessairement de la constatation d'actes déloyaux de la part d'une entreprise à l'égard d'une autre, l'existence pour sa concurrente d'un préjudice, fut-il seulement moral »¹⁹⁴⁷.

En réalité, il semble que cette présomption ne soit pas certaine, il est alors, comme l'indique le Professeur DORANDEU¹⁹⁴⁸, de replacer l'analyse dans un contexte de responsabilité concurrentielle.

1943. p. 432 sqq.

1944. p. 433 sqq.

1945. En ce sens DORANDEU N. et Centre de droit de la concurrence Perpignan, *Le dommage concurrentiel*, Perpignan : Presses universitaires de Perpignan, 2000 (Collection Études), 382 p. n^{os} 145 sqq. qui sans se référer au consommateur évoquait déjà la dualité d'intérêts protégés par le droit de la concurrence déloyale.

1946. Cass. com., 22 octobre 1985, Bull. civ., IV, n^o 245 ;

Cass. com. 22 mai 1994, Bull. civ., IV, n^o 172 ;

Cass. com., 2 décembre 2008, , n^o 07-19.861 : JurisData n^o 2008-046120.

1947. En ce sens, Cass. com., 8 juillet 1997, pourvoi n^o 95-16-984 ;

Cass. com., 29 juin 1993, pourvoi n^o 91-21-764.

1948. Dorandeu N. et Centre de droit de la concurrence Perpignan, op. cit. n^o 292.

En effet, le dommage concurrentiel est par principe légal, il ne sera illégitime que lorsqu'il sera fautif ou déloyal. Or, la déloyauté d'un comportement suppose l'atteinte injustifiée à la capacité concurrentielle d'un concurrent.

De la même manière, la clientèle est à qui sait la prendre, ce ne sera que si sa captation aura été effectuée par l'utilisation de pratiques déloyales qu'elle sera illégale.

Il semble alors que, tant du point de vue du concurrent que du consommateur, le dommage doit être déduit de la qualification comme déloyale de l'acte. Mais ce dommage concurrentiel ne devrait être susceptible de permettre une indemnisation, tant du concurrent que du consommateur, que tant qu'il sera source d'un préjudice individuel.

725 C'est ainsi que la Cour de cassation affirmait exactement, que « si les faits de concurrence déloyale, générateurs d'un trouble commercial, impliquent l'existence d'un préjudice [il incombe à la victime de démontrer] l'étendue du préjudice »¹⁹⁴⁹, et qu'en l'absence d'un tel préjudice et donc d'une indemnisation, il est possible, car le comportement est dommageable, d'obtenir une réparation en nature par le biais notamment d'une cessation des comportements¹⁹⁵⁰ mais aussi d'une publication du jugement¹⁹⁵¹.

Il s'agit alors d'appliquer une réaction naturelle à la fraude exercée par le concurrent déloyal, réaction trouvant une plus grande justification que celle d'une indemnisation sans préjudice parfois déclarée.

Il serait en outre possible de recourir, sous condition d'aménagement de l'arsenal juridique français, à ce que les juristes américains nomment les dommages-intérêts nominaux. En effet, ces derniers viennent, en l'absence de préjudice, ou en l'absence de démonstration de ce dernier, affirmer les situations corrélatives des parties au procès¹⁹⁵².

Enfin, toujours dans l'intérêt d'une protection effective du marché, il convient de rappeler que la Haute juridiction considère que la « situation de concurrence directe ou effective » n'est pas une condition nécessaire à l'action en concurrence déloyale¹⁹⁵³. C'est par ailleurs cet élargissement qui a permis de rattacher les actes parasitaires à la théorie de la concurrence déloyale.

B Le dommage collectif des consommateurs .

726 De la même manière, la Cour de cassation a cassé un arrêt rendu par les juges du fond qui considéraient lors d'une action dans l'intérêt des consommateurs, portée par une association, que cette dernière ne démontrait pas de préjudice direct, affirmant, qu'« en se déterminant ainsi, après avoir constaté la recrudescence du nombre de dossiers relatifs aux dysfonctionnements de l'accès à Internet proposé par la société Free, ce dont il résultait que l'intérêt collectif des consommateurs ayant contracté avec cette société se trouvait lésé et que, dès lors, l'association

1949. Cass. com. 10 janvier 1989, Bull. civ., IV, n° 12.

1950. Cass. com., 29 juin 1993, pourvoi n° 91-21-764.

1951. Cass. com., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-20-719.

1952. Voir développement au sujet des dommages-intérêts nominaux, voir not. n°s 731, 790.

1953. Cass. com., 12 février 2008, n° 06-17.501 : JurisData n° 2008-042743 ; D. 2008, p. 2573, note PICOD.

était en droit de réclamer réparation du préjudice direct et indirect qui en découlait, la juridiction de proximité n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations »¹⁹⁵⁴.

Il semble alors que l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs, découlant d'un nombre important de plaintes, établisse le préjudice collectif, il y aurait donc identité entre l'atteinte à l'intérêt collectif et le préjudice dont l'association peut se demander à être personnellement indemnisée¹⁹⁵⁵.

Toujours étant que cette responsabilité est difficilement justifiable au regard du principe de réparation intégrale. En effet, l'association n'est en réalité nullement victime et il découle de cette indemnisation pour elle un enrichissement.

Il serait alors préférable d'assumer le caractère de peine privée d'un tel mécanisme, lequel permettrait de prendre en considération la gravité de la faute pour fixer le *quantum* de l'indemnisation. Un tel agrément viendrait alors à côté des responsabilités civiles et pénales développer une responsabilité de marché ou encore plus largement sociale¹⁹⁵⁶.

727 Pour sa part, le DCFR impose que le droit à réparation soit limité aux situations lors desquelles cette dernière sera loyale et raisonnable¹⁹⁵⁷, mais dresse, parallèlement à cette nécessité, une liste de cas où le risque sera considéré comme juridiquement pertinent sans que soit nécessaire de recourir à ces notions de loyauté ou de raison.

Parmi ces dernières figurent notamment les situations d'atteinte à la vie privée¹⁹⁵⁸, de mensonge malveillant¹⁹⁵⁹, de fourniture d'informations ou d'avis incorrects¹⁹⁶⁰, de présentation fautive effectuée de manière malveillante¹⁹⁶¹, ou plus généralement d'actes illégaux ou déloyaux de concurrence¹⁹⁶².

728 Finalement, une fois ces trois conditions remplies, la responsabilité pourra jouer son plein effet, c'est-à-dire, permettre une indemnisation intégrale au sein du système français, mais aussi et surtout, permettre de supprimer les gains déloyalement obtenus ou encore punir au sein des systèmes de *common law*.

1954. Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 07-15.000 : JurisData n° 2008-045832. Cité par STOFFEL-MUNCK P., « Responsabilité civile », La Semaine Juridique Edition Générale n° 10, 4 Mars 2009, I 123.

1955. STOFFEL-MUNCK P., « Responsabilité civile », La Semaine Juridique Edition Générale n° 10, 4 mars 2009, I 123.

1956. *Ibid.*

1957. Study Group on a European Civil Code et Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p. VI.-2 :201.

1958. *Ibid.*, VI.-2 :203.

1959. *Ibid.*, VI.-2 :204.

1960. *Ibid.*, VI.-2 :207.

1961. *Ibid.*, VI.-2 :210.

1962. *Ibid.*, VI.-2 :208.

Chapitre 2 L'effet de la responsabilité.

729 Protéger un intérêt ou donner un droit serait vain si aucune réaction n'était offerte à leurs bénéficiaires¹⁹⁶³. Ainsi, tant les droits civils que la *common law* s'attachent à offrir ou à protéger certains droits ou intérêts en allouant des dommages-intérêts lorsque ces derniers sont violés¹⁹⁶⁴, et ce, malgré les difficultés d'évaluation du préjudice¹⁹⁶⁵.

Cela étant, la simple existence d'une faute, sans dommage, ne doit en principe pas donner droit à une action¹⁹⁶⁶. De la même manière, l'existence d'un dommage sans faute n'est pas réparable¹⁹⁶⁷. Il est alors nécessaire que le dommage soit causé par une faute de manière directe ou indirecte¹⁹⁶⁸.

730 Tout comme le DCFR le dispose, la réparation doit pouvoir être en numéraire (il s'agira alors d'une compensation), ou autrement, selon ce qui est le plus approprié au regard du type et du montant du préjudice subi ainsi que de toutes les autres circonstances de l'affaire¹⁹⁶⁹.

Dès lors, la compensation se révèle être une réaction de substitution, l'argent se substituant à ce qui a été perdu ou endommagé¹⁹⁷⁰.

731 Les droits anglo-américains, pour leur part, élargissent nettement les pouvoirs offerts à l'action civile et il serait semble-t-il intéressant d'étudier les apports possibles des droits anglo-américains sur le droit civil français.

En effet, le *Restatement* relève quatre objectifs¹⁹⁷¹ :

- tout comme le droit français, compenser ou indemniser le préjudice ;
- déterminer les droits respectifs des parties ;
- punir et dissuader l'auteur ;

1963. DIETZ L.H., « Actions », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, § 35

1964. *Wennerholm v. Stanford University School of Medicine*, 20 Cal. 2d 713, 128 P.2d 522, 141 A.L.R. 1358 (1942) ; *Perkins v. Pare*, 352 So. 2d 64 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1977) ; *Rozell v. Rozell*, 281 N.Y. 106, 22 N.E.2d 254, 123 A.L.R. 1015 (1939) ; *Brownfield, Bowen, Bally and Sturtz v. Board of Ed.*, 56 Ohio App. 2d 10, 10 Ohio Op. 3d 20, 381 N.E.2d 207 (4th Dist. Jackson County 1977).

1965. *Blair v. Clear Creek Oil & Gas Co.*, 148 Ark. 301, 230 S.W. 286, 19 A.L.R. 430 (1921).

1966. *Adams v. Bethlehem Steel Corp.*, 736 F.2d 992, 39 Fed. R. Serv. 2d 323 (4th Cir. 1984) ; *Reed v. Foulks*, 675 S.W.2d 695 (Mo. Ct. App. S.D. 1984).

1967. *Schmeck v. City of Shawnee*, 231 Kan. 588, 647 P.2d 1263 (1982) ; *Thomas v. Casford*, 1961 OK 158, 363 P.2d 856, 90 A.L.R.2d 1227 (Okla. 1961).

1968. *Cook v. Yager*, 13 Ohio App. 2d 1, 42 Ohio Op. 2d 33, 233 N.E.2d 326 (3d Dist. Seneca County 1968) ; *Louiseau v. Arp*, 21 S.D. 566, 114 N.W. 701 (1908) ; *Coffindaffer v. Hope Natural Gas Co.*, 74 W. Va. 107, 81 S.E. 966 (1914).

1969. Study Group on a European Civil Code et Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p. VI.-6 :101.

1970. HASEN R.L., *Remedies*, 2nd ed, New York : Aspen Publishers, 2010 (Examples & explanations), 446 p., chap. 2.

1971. *Restatement*, Second, Torts §901.

— et enfin, dissuader la victime de recourir à la vengeance privée.

Ainsi, lorsqu'un préjudice aura été causé par la commission d'un *tort*, l'allocation de dommages-intérêts sera la principale réponse au sein de l'arsenal offert par la *common law*.

Ces objectifs expliquent différentes catégories de dommages-intérêts reconnus par le droit issu de la *common law*. En effet, bien que les mesures compensatoires soient les mesures normales, d'autres types de dommages-intérêts sont reconnus.

- Les premiers, les dommages-intérêts compensatoires sont ceux qui sont accordés à la victime pour compensation ou indemnisation du préjudice subi. Tout comme en droit français ces derniers peuvent agir sur des préjudices pécuniaires, mais aussi physiques ou même moraux ;
 - Ces dommages-intérêts compensatoires ne doivent pas être confondus avec les dommages-intérêts restitutoires¹⁹⁷². Ces derniers, bien que controversés, sont généralement accordés lorsqu'une appropriation frauduleuse de la propriété d'autrui a permis à l'auteur de réaliser des gains. Il s'agit alors d'une confiscation de ces gains qui peut alors être assimilée à une punition, mais ne présentant pas le caractère « exemplaire » des *punitive damages* entendus strictement. Cette prise en considération n'est qu'exceptionnelle. En effet, tout comme le droit de la responsabilité civile française, le droit des *torts* ne considère que le préjudice subi et non le bénéfice réalisé par son auteur¹⁹⁷³ ;
 - Les troisièmes, les dommages-intérêts nominaux s'éloignent davantage du principe français de réparation intégrale. En effet, ce sont ceux qui seront accordés à une personne qui aura établi la cause d'une action, mais pas celle lui permettant d'obtenir une indemnisation¹⁹⁷⁴, soit parce qu'aucun préjudice ne lui aura été causé¹⁹⁷⁵, soit parce que ce dernier sera insignifiant¹⁹⁷⁶.
- Ces derniers semblent pouvoir convenir à la réaction devant être adoptée face à certaines atteintes dites morales¹⁹⁷⁷ ;
- Enfin, les dommages-intérêts punitifs les plus redoutés, car *a priori*, les plus étrangers au système de responsabilité civile français¹⁹⁷⁸.

1972. Ou *Restitutionary damages*.

1973. GRUBB A., *The law of tort*, London : Butterworths LexisNexis, 2002 (Butterworths Common Law Series). p. 214 sqq..

1974. voir not. *Clifton v. Hooper*, 6 Ad. & E. (N.S.) 468, 14 L.J.Q.B.1 [1837] « *When " a clear legal right of a party is invaded, in consequence of another's breach of duty," the former is entitled to an action against the latter for at least nominal damages* » cité par BURDICK F.M., *Law of Torts*, Washington, D.C. : Beardbooks, 2000.

1975. *Constantine v. Imperial Hotels Ltd.* [1944] K.B. 693.

1976. *Gray v. Times publishing Co.*, 74 Minn. 452, 77 N.W. 204 [1898].

1977. Voir n° 790.

1978. Qui malgré un rattachement traditionnel aux États-Unis, ne sont pas applicables dans l'ensemble de ses États ; voir not. appliquant le droit du New Hampshire, *Riley v. Harr*, 292 F.3d 282 (1st Cir. 2002) ; cité par 22 Am. Jur. 2d Damages § 556.

Ils doivent alors en réalité être considérés comme une création de la *common law*.

L'objet de ces derniers n'est pas considéré de manière uniforme, mais il doit être considéré que par principe, il s'agit par ces derniers non-pas de compenser ou de rembourser une victime¹⁹⁷⁹, mais de punir l'auteur de la pratique et de le dissuader, lui, ainsi que ses semblables d'agir de la même manière. L'élément primordial étant alors le caractère coupable de la volonté de l'auteur¹⁹⁸⁰. Seront en outre pris en considération, le caractère de l'acte effectué, la nature et la proportion du préjudice qui aura été causé ou souhaité de la part de l'auteur, et enfin, la puissance de l'auteur.

Ainsi, trois effets peuvent être attachés à la responsabilité de droit commun : l'indemnisation qui est traditionnellement appliquée en France (Section 1)¹⁹⁸¹, mais également l'absorption des gains déloyalement obtenus (Section 2)¹⁹⁸² ou encore la punition (Section 3)¹⁹⁸³ qui ont plus de difficulté à se faire une place au sein de ce système, mais qui ont pourtant certains effets positifs au sein des systèmes de *common law*.

1979. *Webb v. Shull*, 270 P.3d 1266, 128 Nev. Adv. Op. No. 8 (Nev. 2012); *City of Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 U.S. 247, 101 S. Ct. 2748, 69 L. Ed. 2d 616, 31 Fed. R. Serv. 2d 1387 (1981); *Freudeman v. Landing of Canton*, 702 F.3d 318 (6th Cir. 2012) (applying Ohio law); *Slack v. Stream*, 988 So. 2d 516, 235 Ed. Law Rep. 1235 (Ala. 2008); *Quintero v. Rogers*, 221 Ariz. 536, 212 P.3d 874 (Ct. App. Div. 1 2009); *Bayer CropScience LP v. Schafer*, 2011 Ark. 518, 385 S.W.3d 822 (2011); *Vickery v. Evans*, 266 P.3d 390 (Colo. 2011); *Armstrong v. A.I. Dupont Hosp. for Children*, 60 A.3d 414 (Del. Super. Ct. 2012).

A contrario, dans *Kewin v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co.*, 409 Mich. 401, 295 N.W.2d 50 (1980), l'aspect compensatoire reste présent.

1980. *Lucas v. Michigan Cent. Ry.*, 98 Mich. 1, 56 N.W. 1039 [1893] « *The law recognizes the fact that an injury may be intensified by the malice or willfulness or oppressiveness or recklessness of the act, and allows damages commensurate with the injury when these elements are present* » cité par BURDICK F.M., *Law of Torts*, Washington, D.C. : Beardbooks, 2000.

1981. p. 438 sqq.

1982. p. 472 sqq.

1983. p. 485 sqq.

Section 1 L'indemnisation.

732 L'indemnisation revient à effectuer un paiement en réparation ; pour récompenser, ou encore rembourser. L'objectif est alors fixé sur le préjudice subi ou auquel est exposée la victime. Il s'agira alors d'appliquer la vision aristotélicienne de la justice corrective prise en son sens le plus commun.

Il est donc nécessaire d'une part que le préjudice existe (§1) ¹⁹⁸⁴, d'autre part qu'une action soit ouverte contre ce dernier, ce qui impose qu'il soit connu (§2) ¹⁹⁸⁵, et enfin que ce dernier soit évalué avec suffisamment de précision puisque l'indemnisation sera ici soumise à un principe d'intégralité (§3) ¹⁹⁸⁶.

§1 L'existence d'un préjudice.

733 À l'instar du dommage, il existe plusieurs types de préjudices, tout d'abord le préjudice patrimonial ou économique est l'atteinte portée au patrimoine *stricto sensu* de la victime. Celui-ci peut découler d'un dommage moral, d'un dommage matériel, ou encore d'un dommage corporel.

Ensuite, le préjudice extrapatrimonial ou moral qui peut être défini comme l'atteinte au bien-être de la victime, qui lui, peut trouver sa source dans un dommage corporel, moral, voir matériel.

Il s'agira alors après avoir déterminé les caractères du préjudice indemnisable (I), d'étudier les aménagements apportés à ces caractères par la théorie de la concurrence déloyale (II), puis d'en étudier l'approche anglo-américaine (III).

I Les caractères du préjudice indemnisable .

734 C'est avec un peu d'agacement ressenti que l'on peut lire sous la plume du Professeur LE TOURNEAU que « c'est à peine forcer le trait d'affirmer que l'évolution du droit français en la matière a consisté, en définitive, à admettre que n'importe quoi puisse être réparé, de plus en plus facilement, n'importe comment » ¹⁹⁸⁷.

L'indemnisation est soumise au principe de réparation intégrale du préjudice. Ainsi, l'objectif indemnitaire de la responsabilité civile tend à compenser le préjudice dont souffre la victime afin qu'elle se retrouve dans une situation identique à celle qui aurait été la sienne si elle n'avait pas subi de dommage ¹⁹⁸⁸.

1984. p. 438 sqq.

1985. p. 447 sqq.

1986. p. 461 sqq.

1987. TOURNEAU PH. LE, « Préjudice », Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 1302 sq., 2010.

1988. Cass. 2^e civ., 9 juillet 1981 : Bull. civ. 1981, II, n° 156 ; Cass. 2^e civ., 4 février 1982 ; JCP G 1982, II, 19894, note BARBIÈRI ; Cass. 1^{re} civ., 30 mai 1995 ; JCP G 1995, IV, n° 1810.

Ainsi, selon les termes des Hauts magistrats ¹⁹⁸⁹, « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » ¹⁹⁹⁰

Il s'agit alors pour le droit de faire disparaître le dommage par une sorte de fiction ¹⁹⁹¹.

- 735** Il est cependant intéressant de préciser que ce principe n'est légalement affirmé qu'en matière contractuelle. En effet, si l'article 1149 du Code civil dispose en matière contractuelle que « les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé [...] », il faut se fier à la jurisprudence pour découvrir que ce principe est aussi applicable à la matière extracontractuelle ¹⁹⁹².

Il découle alors de cette règle qu'en principe l'indemnisation ne découle que du préjudice subi, la gravité de la faute de l'auteur, ou l'étendue de ses profits ne devant pas être considérées.

Il faut toutefois, et avant tout, préciser que tous les dommages ne sont pas réparables. En effet, lorsque l'exercice d'un droit subjectif, tel que la liberté du commerce et de l'industrie, génère un dommage, notamment à un concurrent, ces dommages ne sont en principe pas réparables. C'est pourquoi il est constant d'affirmer que le dommage concurrentiel est par principe légal et n'apporte pas droit à réparation, car il découle de la liberté de concurrence sauf lorsque ce droit est utilisé avec abus ¹⁹⁹³.

- 736** Cette précision étant faite, il est alors question de réparer ce qu'il est commun d'énoncer, tout le dommage, mais rien que le dommage, ou plutôt devrait-on dire, tout le préjudice, mais rien que le préjudice.

Ceci étant, il convient de préciser que le préjudice indemnisable ne sera que celui qui correspond à la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé ; condition qui rejoint les règles fondamentales du procès civil dans lequel, en effet, l'action n'est ouverte qu'aux personnes « qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé » ¹⁹⁹⁴.

- 737** En outre, tous les préjudices ne devront pas être indemnisés, seul le préjudice qualifié le

1989. Lesquelles reprennent une formule de René SAVATIER, SAVATIER R. et RIPERT G., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, Tome deuxième, Conséquences et aspects divers de la responsabilité, 2^e ed., Paris, France : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, 572 p.

1990. Cass. civ. 2^e, 28 octobre 1954, Bull. civ. II, n° 328, JCP 1955. II. 8765, RTD civ. 1955, 324, obs. MAZEAUD.

1991. TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », Répertoire de droit civil, Dalloz, Mai 2009.

1992. Voir notamment, Cass. Civ. 2^e, 28 octobre 1954, B II n° 328, JCP 1955. II. 8765, note SAVATIER, RTD civ. 1955, p. 324, obs. H. ET L. MAZEAUD ; 14 février 1982, JCP 1982. II. 19894, note BARBIERI ; Crim. 12 avril 1994, Bull. crim. n° 146. Cités par BACACHE-GIBEILI M., *Traité de droit civil. Tome 5. Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., Paris : Economica, 2012. n° 551.

1993. RÉTIF S., « Fasc. 101 : DROIT À RÉPARATION. - Conditions de la responsabilité délictuelle. - Le dommage. - Caractères du dommage réparable », *JurisClasseur Civil Code*, 3 juin 2015.

1994. Code de procédure civile, art. 31.

sera¹⁹⁹⁵. Il importe dès lors de préciser ici que les critères de qualification du préjudice sont les mêmes que l'on situe leur étude en France ou en Espagne. D'ailleurs, la doctrine espagnole cite parfois directement les termes français de qualification des préjudices comme devant être « personnels, directs et certains »¹⁹⁹⁶. Cependant, la distinction, soutenue ici, entre préjudice et dommage¹⁹⁹⁷, permet de faire reposer la qualification du préjudice sur sa simple certitude¹⁹⁹⁸. D'ailleurs, le droit de l'Union européenne retient lui aussi cette condition se référant alors à la réalité du dommage devant être réel et certain¹⁹⁹⁹. Cela s'explique par le caractère indemnitaire de l'action en responsabilité civile délictuelle qui nécessite de s'assurer que la victime ne soit pas, *in fine*, grâce à son action, enrichie sans cause. Il s'agira alors pour les juges d'effectuer une analyse des faits²⁰⁰⁰. Pour autant, la certitude de ce préjudice n'impose pas qu'il soit déjà né, et ainsi que l'affirme Monsieur CHARTIER, « il peut aussi bien être futur, dès lors qu'il existe déjà en puissance »²⁰⁰¹. Cette solution est fixée en jurisprudence depuis un arrêt du 1^{er} juin 1932²⁰⁰², et est suivie par l'avant-projet CATALA²⁰⁰³.

Cela étant, il peut être affirmé, pour rejoindre le raisonnement déjà évoqué, qu'un préjudice existant déjà en puissance serait celui qui naîtrait d'un dommage déjà causé. Ainsi, la décompo-

1995. TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », Répertoire de droit civil, Dalloz, Avril 2015.

1996. Voir en ce sens not. VICENTE DOMINGO E., « El daño », in L.F. REGLERO CAMPOS et J.M. BUSTO LAGO (dirs.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a éd., Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi-Thomson Reuters, 2013, p. 81-105 ;

Voir également, REGLERO CAMPOS L.F. (dir.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2a. ed, Cizur Menor, Navarra : Thomson/Aranzadi, 2003 (Colección Monografías Aranzadi, 220), 2022 p., n° 31.

1997. Voir *supra*, p. 418 sqq..

1998. Ce résultat est par ailleurs également retenu par le Professeur BLOCH suivant pourtant un autre raisonnement. TOURNEAU PH. LE (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), n° 1410.

1999. Voir not. CJUE, 29 septembre 1982, *SA Oleifici Mediterranei contre Communauté économique européenne*, aff. C-26/81, rec. 1982 03057 ; TPI (1^{re} ch.), 18 mai 1995, *Wafer Zoo Srl contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-478/93, rec. 1995 II-01479.

KOZIOL H. et SCHULZE R. (dirs.), *Tort law of the European Community*, 1st ed, Wien ; New York : Springer, 2008 (Tort and insurance law, vol. 23), 693 p., n°s 2/10-2/15.

2000. Voir STS, 27 enero 1997, RJ 1997, 21.

2001. CHARTIER Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 1983, 1050 p., n°s 15 sqq. ;

JOURDAIN P., « Comment traiter le dommage potentiel ? », *Responsabilité civile et assurances* n° 3, Mars 2010, dossier 11.

2002. Cass. req., 1^{er} juin 1932 : D. 1932, 1, p.102.

De la même manière, les juges espagnols acceptent que le préjudice soit futur ou même présumé : STS 23 febrero 1998, RJ 1998, 1164.

2003. CATALA P. et France, Ministère de la Justice, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Paris : La Documentation française, septembre 2005, 208 p., art. 1345 : « Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel.

Lorsque la certitude du préjudice dépend d'un événement futur et incertain, le juge peut condamner immédiatement le responsable en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement ».

sition entre préjudice et dommage préviendrait cette apparente contradiction entre la nécessité d'un préjudice certain et l'indemnisation de celui qui n'est que futur²⁰⁰⁴.

D'ailleurs les juges de la Chambre des Requêtes affirmaient dans trois arrêts du 1^{er} juin 1932, en s'inspirant d'une jurisprudence déjà acquise, que « s'il n'est pas possible d'allouer des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate »²⁰⁰⁵

Or sans le dire, cette jurisprudence peut baser cette thèse de la distinction entre le préjudice et le dommage. En effet, relisant ce considérant, il affirme que le préjudice futur est indemnisable, lorsque les juges du fond considèrent qu'il est la prolongation certaine et directe d'un état des choses actuel, et précisent *in fine* que conformément au principe de réparation intégrale ce préjudice doit être cependant estimable.

Cette solution apporte alors un éclairage sur l'imbrication des principes. Ainsi, l'état des choses actuel peut être considéré comme la situation dommageable, c'est-à-dire, celle où le dommage est déjà intervenu, en outre, ce dommage, s'il cause directement et certainement un préjudice²⁰⁰⁶, et si le *quantum* de ce préjudice est possible à calculer, donne lieu à réparation.

Cependant, il convient de préciser que l'exigence de cette certitude est allégée, notamment en matière d'atteinte à la vie privée. En effet, de telles atteintes seront réparées sur une action fondée non pas sur les articles 1382 et suivants, mais sur le régime autonome de l'article 9 du Code civil²⁰⁰⁷ sur le fondement duquel la Cour de cassation affirme avec constance que « la seule atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »²⁰⁰⁸. Solution qui ne peut être justifiée que par une volonté de sanction ou une patrimonialisation du droit à l'image des personnes privées²⁰⁰⁹.

De la même manière, en matière de concurrence déloyale il est de jurisprudence constante d'affirmer que le préjudice s'infère nécessairement de l'acte de concurrence déloyale (fut-il

2004. Le Professeur BLOCH notamment, préférera inclure ici un triptyque entre préjudice actuel, préjudice virtuel, et préjudice éventuel ; les préjudices virtuels et éventuels constituant ce qui est traditionnellement qualifié de préjudice futur divisé entre ce qui serait du probable ou de l'hypothétique.

TOURNEAU PH. LE (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), n° 1411-2.

2005. Cass. req., 1^{er} juin 1932, D. 1932, 1, p.102, rapp. Cons. Pilon ; S. 1933.1.49, note MAZEAUD ; Gaz. Pal., 1932.2.363. cité par CHARTIER Y., op. cit.

2006. Il est alors ici fait la démonstration de la demande d'un lien causal direct et certain, celui-ci étant cependant déplacé de la relation entre la faute et le préjudice, à celle entre le dommage et le préjudice.

2007. Code civil, art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

2008. V. not. Cass. 3^e civ., 25 février 2004 : Bull.civ. 2004, III, n° 41 ; D. 2004, p. 1621, obs. CARON.

2009. Au sujet de la patrimonialisation des attributs de la personnalité : voir not. n° 718 ;

Voir également les développements au sujet des *right of privacy* et *right of publicity* reconnus par les droits anglo-américains : not. n° 425.

seulement moral)²⁰¹⁰. Cette solution a pour principal intérêt qu'elle permet une indemnisation même lorsque le *quantum* du préjudice est inconnu. Faut-il y voir un glissement vers une solution punitive ? Il semble qu'une réponse affirmative soit possible. Cependant, il convient de préciser qu'outre-Atlantique, où tant l'indemnisation que la punition sont reconnues comme pouvant découler d'une action civile, un même raisonnement est tenu affirmant alors que des dommages-intérêts peuvent être alloués même s'il est impossible de déterminer le montant du préjudice subi²⁰¹¹, mais précisant en outre que de tels dommages-intérêts ont un caractère compensatoire et non punitif²⁰¹².

Or, un tel raisonnement est difficilement conciliable avec le principe de l'indemnisation intégrale, il semblerait à l'inverse, qu'un recours aux mécanismes de punition ou d'absorption des gains²⁰¹³ soit préférable afin de garantir une sécurité juridique découlant d'une rigueur d'application des principes.

738 Si l'intégralité du préjudice doit être réparée, il convient alors que les juges soient dans l'obligation de prendre en considération tous les postes de préjudice et donc ne pas écarter certains de ses éléments²⁰¹⁴.

Il convient ensuite que l'évaluation de ces préjudices soit opérée *in concreto*, ce qui impose notamment un pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond²⁰¹⁵. En effet, cette question n'étant pas une question de droit, et la Cour de cassation n'étant pas un troisième degré de juridiction, il ne lui appartient pas de revenir sur l'appréciation opérée par les juges du fond sur le préjudice et son montant.

2010. Et ce des deux côtés des Pyrénées : voir not. TS 7 juillet 2006, qui cite les arrêts du 29 octobre 2004 (RJ 2004, 6860) ; du 23 décembre 2004 (RJ 2005, 81) ; du 23 mai 2005 (RJ 2005, 9760) ; et du 1^{er} juin 2005 (RJ 2005, 5307).

Le tout cité par MARÍN LÓPEZ J.J. et Association HENRI CAPITANT des amis de la culture juridique française, « Rapport espagnol, la concurrence déloyale », in *La concurrence*, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 127 sqq. ;

Mais aussi Cass. com. 14 juin 2000, RJDA 2000, n° 1195, CCC 2000, n° 81, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Cass. com. 1^{er} juillet 2003, Propr. ind. 2003, n° 96, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI ;

Cités par PICOD Y. et Association HENRI CAPITANT des amis de la culture juridique française, « Rapport français, la concurrence déloyale », in *La concurrence*, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 151 sqq..

2011. *Friend v. H. A. Friend & Co.* (1969, CA9 Cal) 416 F2d 526, 163 USPQ 159, cert. den. (1970) 397 US 914, 25 L Ed 2d 94, 90 S Ct 916, 164 USPQ 481.

2012. *Cargo Safe, Inc. v. Bruest Industries, Inc.* (1976, DC Kan) 200 USPQ 445, 1976-2 CCH Trade Cases P 61227.

2013. Qui par ailleurs sont parfois appliqués : *Truck Equipment Service Co. v. Fruehauf Corp.* (1976, CA8 Neb) 536 F2d 1210, 191 USPQ 79, cert den (1976) 429 US 861, 50 L. Ed. 2d 139, 97 S. Ct. 164, 191 USPQ 588, allouant au concurrent loyal les profits réalisés par le concurrent qui a déloyalement copié des éléments distinctifs de la victime.

Ou encore : *Transgo, Inc. v. Ajac Transmission Parts Corp.* (1981, CD Cal) 211 USPQ 217, affd (1985, CA9 Cal) 751 F2d 1040, 225 USPQ 458, withdrawn by publisher, amd, reh den, en banc (1985, CA9 Cal) 768 F2d 1001, 227 USPQ 598, 82 ALR Fed 97, cert den (1986) 474 US 1059, 88 L Ed 2d 778, 106 S Ct 802, où la nature de l'acte de *passing off* rend le cas si exceptionnel que l'auteur peut être soumis à des dommages-intérêts punitifs.

2014. Voir Cass. crim. 11 octobre 1988, RCA 1988, chr. 2, GROUTÉL ; Cass. civ. 3^e, 24 juin 1987, B III, n° 130 ; Cass. civ. 2^e, 8 juin 1994, B II n° 154 ; Cass. civ. 2^e, 22 février 1995, D. 1995, somm. 233, obs. MAZEAUD. Cités par BACACHE-GIBEILI M., op. cit. n° 554.

2015. Tout comme en Espagne : STS, 27 enero 1997, RJ 1997, 21.

739 En outre, ce préjudice peut être constitué soit d'une perte subie (*damnum emergens*), soit de gains manqués (*lucrum cessans*) : distinction qui est d'ailleurs opérée en matière contractuelle par l'article 1149 du Code civil²⁰¹⁶ ; soit d'une combinaison des deux.

Cette distinction est par ailleurs également opérée en Espagne où la quantification du préjudice se fait « *daño emergente, lucro cessante* »²⁰¹⁷, et se réalise sur le fondement de l'article 1106 du Code civil²⁰¹⁸.

Concernant la perte subie, il convient de prendre en considération les pertes immédiatement créées par le dommage, ainsi que les dépenses induites par la situation nouvelle dans laquelle se trouve la victime du fait de la faute de l'auteur. Il s'agit alors d'une « perte soufferte, effective et connue »²⁰¹⁹.

Quant à l'évaluation du gain manqué, celle-ci est nécessairement prospective. Elle consiste notamment pour les entreprises en une perte de chiffre d'affaire ou de bénéfice découlant immédiatement de la pratique poursuivie²⁰²⁰. deux types d'évaluation peuvent alors être utilisés : la première, dite par analogie « consiste à choisir un indicateur pertinent de l'activité qui soit sensible aux causes du préjudice et permette d'en mesurer les effets »²⁰²¹.

La seconde, dite par reconstitution « consiste à décrire, de manière plus ou moins détaillée selon le cas, le fonctionnement de l'entreprise tel qu'il aurait été sans la survenance du dommage, à décrire semblablement le fonctionnement réel à la suite du dommage, à chiffrer les résultats obtenus dans les deux cas, et à déterminer le préjudice par référence »²⁰²².

740 Cependant, si la règle impose positivement de réparer tout le préjudice, elle dispose, négativement que ne doit être réparé que le préjudice subit.

Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu affirmer que « les dommages alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit »²⁰²³.

Cette application de la règle négative de la réparation intégrale ne fait cependant l'objet d'aucun texte, aussi, l'article 49 du rapport TERRÉ semble-t-il le bienvenu. En effet, ce dernier vient définir la réparation intégrale en affirmant qu'elle « tend à placer le demandeur dans la situation où il se trouverait si le dommage ne lui avait pas été causé ; il ne peut en principe en résulter pour lui ni perte ni profit »²⁰²⁴.

2016. Code civil, art. 1149 : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».

2017. STS 3 octobre 1997, RJ 1997, 7088.

2018. STS 22 octobre 1993, RJ 1993, 7762.

2019. Traduction libre de STS 28 novembre 1983, RJ 1983, 6681.

2020. Traduction libre de STS 5 novembre 1998, RJ 1998, 8404.

2021. TOURNEAU PH. LE, « Préjudice », Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 1302 sq., 2010.

2022. *Ibid.*

2023. Cass. crim., 21 octobre 1998 : Juris-Data n° 1998-004972 ; Cass. civ. 2^e, 23 janvier 2003, JCP 2003. II. 10110, note BARBIERI ; Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004 : Bull. civ. 2004, I, n° 264.

2024. TERRÉ F. (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), 224 p., p.192.

Il convient en outre déjà de souligner l'utilisation de l'expression « en principe » qui annonce alors des exceptions à cette indemnisation intégrale²⁰²⁵.

741 Or, ce principe est par essence inapplicable au préjudice moral. En effet, accepter de fixer une équivalence à un préjudice moral reviendrait à monnayer la douleur ce qui semble *a priori* contraire à une loyauté des recours. Ainsi, tel qu'a pu déclarer le Professeur TOURNIER, la réparation pécuniaire d'un tel préjudice « serait ou bien injurieuse si la victime avait assez de fierté pour la refuser . . . ou bien immorale si, acceptant sans scrupules le prix de son déshonneur, de son chagrin, elle se croyait par là même assez payée du mal souffert »²⁰²⁶

Il convient parallèlement de noter qu'en matière de *deceit*, le droit anglo-américain accepte de réparer les préjudices non pécuniaires tels que la *distress*²⁰²⁷.

742 Finalement, qu'il s'agisse d'une perte subie ou d'un gain manqué, pour être indemnisable, le préjudice doit être direct, actuel, et certain²⁰²⁸.

En réalité, il semblerait que les caractères direct et actuel doivent être réservés au dommage, alors que celui de certitude peut être réservé au préjudice²⁰²⁹.

En effet, dit autrement, l'indemnisation demanderait qu'une faute²⁰³⁰ crée directement et actuellement un dommage²⁰³¹, mais que ce dommage soit en outre causal d'un préjudice certain.

Un tel raisonnement expliquerait la prise en considération des préjudices futurs, qui par définition ne peuvent pas être actuels, mais vont certainement être causés par un dommage actuel, qui lui-même a directement été causé par la faute.

2025. REMY-CORLAY P., « De la réparation », in TERRÉ F. (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), p. 191 sqq..

2026. TOURNIER, De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine., Thèse Université de Montpellier, Montpellier, 1896. cité par CHARTIER Y., La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, Paris : Dalloz, 1983, 1050 p., n° 115.

Pour un développement sur la question, voir *infra*, nos 789 sqq..

2027. Ce terme n'a pas de réel équivalent en français, il peut être traduit de multiples façons, et couvre du même fait un ensemble de situations, il s'agira notamment de la détresse, la peine, mais aussi la tristesse, le dérangement ou encore la peur.

Voir notamment, *Saunders v. Edwards* [1987] 1 WLR 1116 ; *Shelley v. Paddock* [1979] QB 120 ; *Shaw v. Sequence* (UK) Ltd [2004] All. ER (D) 232 (Nov), [2004] EWHC 3249 (QB) ;

CLERK J. F., DUGDALE A.M. et LINDSELL W. H. B., Clerk & Lindsell on torts, 19th ed, London : Sweet & Maxwell, 2005 (The common law library), 2144 p., n° 18-42.

2028. Cass. civ., 24 novembre 1942 : Gaz Pal. 1943, I, p.50.

2029. D'aucuns préféreront exclure la condition d'actualité et déplacer celle d'immédiateté vers l'étude du lien de causalité. En ce sens, not. Tourneau Ph. Le (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), particulièrement n° 1410.

2030. Ou fait préjudiciable.

2031. Il s'agit alors en la matière de se référer aux conditions du lien causal.

II Les aménagements apportés par la théorie de la concurrence déloyale

743 Aussi étrange que cela puisse paraître, le fait que cette absence de préjudice puisse tout de même engendrer la nécessité d'une indemnisation n'est pas unique.

En effet, en droit contractuel, l'article 1145 du Code civil affirme que lorsque « l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de sa contravention ».

Sous ce visa, il avait été jugé en 2005 que la contravention à une obligation de ne pas faire entraînait une obligation d'indemnisation sans que soit nécessaire pour la victime de démontrer son préjudice²⁰³². Cette décision a été reprise en 2007 sans ambiguïté²⁰³³.

Bien que critiquées, ces décisions pouvaient être justifiées sur trois fondements²⁰³⁴, le premier est celui d'exécution par équivalent : le montant de l'indemnisation équivaldrait celui de l'avantage escompté du fait du respect de l'obligation de ne pas faire ; le deuxième est la fonction répressive de l'indemnisation : il s'agirait alors de confier à ces dommages et intérêts un caractère punitif ; enfin, le dernier fondement est celui d'une idée restitutive selon laquelle, il s'agirait de restituer à la victime du non-respect de l'obligation, ce qu'elle n'aurait pas concédé si elle avait su que l'obligation n'aurait pas été exécutée.

744 En matière de concurrence déloyale, les conditions de l'action en responsabilité civile délictuelle ont été largement prises avec légèreté. Cette situation s'explique par la nécessité de faire prévaloir une loyauté dans la vie des affaires. Cependant, entre admettre la possibilité d'une action et admettre une indemnisation, il y avait un cap que les juridictions n'ont pas hésité à franchir.

Ainsi notamment, le 27 janvier 2009, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considérait que le simple risque de confusion générât *a minima* un trouble commercial, lequel peut être vu comme un dommage « autonome englobant tous les comportements susceptibles de perturber le jeu du marché »²⁰³⁵.

Or, si la consécration d'un dommage *sui generis* n'était pas en soi inadmissible, la solution quant à elle relevait davantage d'une construction artificielle. En effet, les Hauts magistrats reprenaient alors la formule selon laquelle « s'inférait nécessairement des actes déloyaux l'existence d'un préjudice commercial », « fût-il seulement moral »²⁰³⁶.

745 Enfin, de nombreuses pratiques commerciales déloyales étant constitutives d'actes de concur-

2032. Cass. Civ. 1^{re}, 10 mai 2005 : Bull. civ. I, n° 201 ; D.2005. IR. 1505 ; JCP 2006. I. 111, n° 3 sq., obs. STOFFEL-MUNCK ; Defrénois 2005. 1247, obs. AUBERT ; CCC 2005, n° 184, note LEVENEUR ; RTD civ. 2005. 594, obs. MESTRE et FAGES, et 600, obs. JOURDAIN.

2033. Cass. Civ. 1^{re}, 31 mai 2007 : Bull. civ. I, n° 212 ; D. 2007, 2784, note LISANTI

2034. SAVAUX E. et SCHÜTZ R.-N., « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », in Mélanges J.L. AUBERT, Paris : Dalloz, 2005, p. 271. ; cité par STOFFEL-MUNCK P., « Responsabilité civile », La Semaine Juridique Édition Générale n° 37, 12 septembre 2007, I 185.

2035. Voir Y. PICOD, in Centre de droit de la concurrence YVES SERRA, « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme ; janvier 2008 - avril 2009 », Recueil Dalloz, 2009, p. 1441.

2036. Cass. com., 27 janvier 2009, n° 07-15-971, CCC 2009, n° 78, note MALAURIE-VIGNAL.

rence déloyale²⁰³⁷, il est probable que cette présomption soit appliquée afin de sanctionner certaines pratiques commerciales déloyales.

Or, si la sanction de la déloyauté commerciale est acceptable, il semble qu'il serait plus cohérent de sortir de l'idée d'indemnisation chapeautée par le principe d'indemnisation intégrale au profit d'une réelle fonction punitive²⁰³⁸, ou du moins absorbante des gains injustement réalisés²⁰³⁹.

III L'approche anglo-américaine .

746 Comme en droit français, tous les préjudices seront considérés, que ceux-ci soient passés, présent, ou futurs²⁰⁴⁰. Cela permettra alors de prendre en considération tant les pertes actuelles ou futures que les gains manqués.

Cela étant, ces préjudices ne seront pas traités de manière uniforme²⁰⁴¹. En effet, une distinction est opérée entre ce qu'il est d'usage d'appeler les préjudices généraux (*general damages*) et les préjudices spéciaux (*special damages*), ou plutôt devrait-on dire les préjudices généralement imposés par la commission du *tort*, et ceux spécialement subis.

747 En effet, d'une part, les *general damages* sont ceux qui sont présumés découler naturellement et obligatoirement de la commission du *tort*²⁰⁴², il comprennent alors les pertes subies, les gains manqués, ainsi que les pertes extrapatrimoniales. Ce caractère général emporte deux conséquences, tout d'abord ils n'auront pas à faire l'objet d'une quantification claire par la victime pour lui être accordés²⁰⁴³, cette règle sera alors très efficace notamment lorsqu'il sera question d'imposer une responsabilité pour les préjudices extrapatrimoniaux subis par la victime d'une diffamation, la quantification de tels préjudices sera alors le devoir du jury²⁰⁴⁴. Ensuite, ils seront présumés découler de la commission du *tort*, ils n'auront donc pas à être spécialement plaidés.

Ces règles découlent du principe général procédural selon lequel les présomptions créées par la loi n'ont pas à être plaidées ou alléguées contrairement aux faits, ainsi s'il est légalement

2037. Voir *supra*, p. 86 sqq..

2038. Voir *infra*, p. 485 sqq..

2039. Voir *infra*, p. 472 sqq..

2040. Restatement, Second, Torts, §910.

2041. DEAKIN S.F., JOHNSTON A.C. et MARKESINIS B.S., Markesinis and Deakin Tort Law, 6th ed, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 2008, 1056 p., p. 941 sqq..

2042. *Mixon v. Trawick*, 264 Ala. 82, 84 So. 2d 760 (1956) ; *Gaines v. Murphy*, 239 S.W.2d 453 (Ky. 1951) ; *Paidar v. Hughes*, 615 N.W.2d 276 (Minn. 2000) ; *Porter v. Crawford & Co.*, 611 S.W.2d 265 (Mo. Ct. App. W.D. 1980) ; *Purington v. Sound West*, 173 Mont. 106, 566 P.2d 795 (1977) ; *Parker v. Harris Pine Mills*, 206 Or. 187, 291 P.2d 709, 56 A.L.R.2d 382 (1955) ; *State Farm Fire and Cas. Co. v. American Family Mut. Ins. Co.*, 242 Or. App. 60, 253 P.3d 65 (2011) ; *Crozier v. Charleston & W. C. Ry. Co.*, 222 S.C. 121, 71 S.E.2d 800 (1952) ; *Duval County Ranch Co. v. Wooldridge*, 674 S.W.2d 332 (Tex. App. Austin 1984) ; *Musa v. Jefferson County Bank*, 2001 WI 2, 240 Wis. 2d 327, 620 N.W.2d 797 (2001) ; *Cross v. Berg Lumber Co.*, 7 P.3d 922 (Wyo. 2000).

2043. Voir notamment *Prehn v. Royal Bank of Liverpool* [1870] LR 5 Ex 92.

2044. *Admiralty Comrs v. SS Susquehanna* [1926] AC 655.

reconnu qu'il découlera nécessairement et naturellement d'un acte un type de préjudice, ce dernier sera présumé²⁰⁴⁵.

À l'inverse, les *special damages*²⁰⁴⁶ doivent être spécifiés et plaidés par la victime²⁰⁴⁷.

Ils sont les résultats naturels, mais non obligatoires, de l'atteinte au droit ou à l'intérêt protégé²⁰⁴⁸, ils comprennent notamment les frais de justice, les atteintes à la propriété, et d'autres dépenses.

748 Finalement, il est possible de considérer que de manière générale le droit américain considère que plus naturellement découlera le préjudice de l'acte poursuivi, moins il sera nécessaire de le plaider²⁰⁴⁹.

En tout état de cause, ces dommages devront être certains, c'est-à-dire que celui qui agira pour obtenir une telle indemnisation devra prouver l'étendue de son préjudice et le montant en argent adéquat à le compenser, et ce avec autant de certitude possible que celle permise par la nature du *tort* et les circonstances de l'espèce.

Ici encore, cette distinction pourrait être opérée en Europe où les pratiques commerciales déloyales devraient être considérées comme source générale d'un préjudice économique et comme source simplement spéciale de préjudices moraux.

Cela irait dans le sens de la volonté de la directive de protéger les intérêts économiques des consommateurs, et serait source de loyauté juridique dans des procès où le préjudice moral ne serait pas un moyen détourné de sanctionner l'auteur de la pratique qui ne serait alors contraint à réparer de tels préjudices que lorsqu'ils auraient été réellement subis par la victime.

§2 La connaissance du préjudice.

749 Ici, la connaissance du préjudice sera considérée à deux niveaux, tout d'abord, à celui du consommateur qui devra être conscient d'être victime (I), mais également à celui de l'administration judiciaire qui ne pourra agir que si une action est engagée (II).

2045. *Thacker v. Ward*, 263 N.C. 594, 140 S.E.2d 23 (1965).

2046. Il est aussi parfois question de *consequential damages* ce qui éclaire encore sur la nature de ces derniers.

2047. Ainsi Lord BOWEN affirmait dans *Ratcliffe v. Evans* [1892] 2 QB 524, 528 : *[It is] « particular damage, which results from the particular circumstances of the case, and of the plaintiff's claim to be compensated, for which we ought to give warning in his pleadings in order that there may be no surprise at the trial »*. Cité par DEAKIN S.F., JOHNSTON A.C. et MARKESINIS B.S., Markesinis and Deakins Tort Law, op. cit.

2048. *Neal v. Honeywell, Inc.*, 191 F.3d 827 (7th Cir. 1999); *McCracken & McCall v. Bolton*, 304 Ky. 438, 200 S.W.2d 923 (1947); *Phelps v. Commonwealth Land Title Ins. Co.*, 537 N.W.2d 271 (Minn. 1995); *Purington v. Sound West*, 173 Mont. 106, 566 P.2d 795 (1977); *State Farm Fire and Cas. Co. v. American Family Mut. Ins. Co.*, 242 Or. App. 60, 253 P.3d 65 (2011); *Benedict College v. National Credit Systems, Inc.*, 400 S.C. 538, 735 S.E.2d 518, 287 Ed. Law Rep. 1044 (Ct. App. 2012); *Hoppenstein Properties, Inc. v. McLennan County Appraisal Dist.*, 341 S.W.3d 16 (Tex. App. Waco 2010), review denied, (Apr. 29, 2011); *Musa v. Jefferson County Bank*, 2001 WI 2, 240 Wis. 2d 327, 620 N.W.2d 797 (2001).

2049. *Suarez Matos v. Ashford Presbyterian Community Hosp., Inc.*, 4 F.3d 47, 37 Fed. R. Evid. Serv. 874 (1st Cir. 1993).

I La nécessité d'une information des victimes .

750 Une information des consommateurs serait possible par le média des autorités nationales de concurrence. En ce sens, il convient de préciser que l'OFT, désormais remplacé en la matière par la CMA, a déjà pour fonction d'informer le public, d'une part des voies dans lesquelles la concurrence peut bénéficier aux consommateurs et à l'économie, et d'autre part en donnant des informations ou avis au public sur les sujets matière de ses fonctions²⁰⁵⁰.

De la même manière, le FTC Act offre à la FTC le pouvoir de réaliser des rapports et d'informer le public lorsqu'elle a connaissance d'information d'intérêt public²⁰⁵¹.

Pour sa part, l'organisme compétent en France est la DGCCRF dont l'une des missions est d'informer « de façon loyale les consommateurs et de contribuer ainsi à donner confiance dans l'acte d'achat »²⁰⁵².

Toujours étant que lorsque les consommateurs se trouvent touchés par une pratique commerciale déloyale deux situations peuvent apparaître, soit ils connaissent leur préjudice et peuvent utiliser l'un des moyens d'action qui leur sont offerts, soit ils ne se sentent pas préjudiciés dans quel cas ils ne porteront le plus souvent pas d'action devant les juridictions nationales.

751 Ici, deux points de vue peuvent être adoptés, d'un point de vue civil, il n'y a pas de réelle raison qui mènerait à obliger le consommateur qui ne se sentirait pas victime à porter une action devant la justice. Il est alors question ici de la liberté d'ester en justice dont le corollaire négatif qu'est la liberté de ne pas ester doit tout autant être respecté. Cette liberté offerte s'explique d'autant plus que si l'agissement est particulièrement nuisible à la société, le caractère principalement pénal de la matière rend l'action publique toujours possible.

Cela étant, d'un point de vue concurrentiel, il est important que tous les agissements déloyaux soient poursuivis et sanctionnés. Or, comme il l'a été étudié, certaines de ces pratiques, même si elles seront dommageables à la concurrence et donc au concurrent, ne seront préjudiciables qu'au consommateur, il s'agit ici de l'esprit de la directive qui vise les pratiques commerciales déloyales *vis-à-vis des consommateurs*. En effet, le concurrent pourrait se trouver face à une défense dite de *passing on* selon laquelle il aurait répercuté son préjudice sur les consommateurs et n'aurait alors subi aucun préjudice. Il est dès lors nécessaire que la victime réelle, qui dans une telle situation n'aura pas nécessairement ressenti cette répercussion, soit informée de sa situation de victime et puisse agir en réparation de l'atteinte à ses droits.

Il serait alors souhaitable de permettre l'initiation d'une action par des concurrents, mieux informés de la situation du marché, action à laquelle pourraient par la suite se joindre des consommateurs-victimes. Les concurrents pourraient par leurs capacités de communication « extra commerciales » informer les consommateurs de la situation dans laquelle ces derniers se situent.

2050. Enterprise Act 2002, 2002 CHAPTER 40, 7 novembre 2002, section n° 6.

2051. Federal Trade Commission Act Incorporating U.S. SAFE WEB Act amendments of 2006, §46, sec.6.

2052. Site de la DGCCRF : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/La-DGCCRF/Missions>.

En effet, une telle possibilité permettrait de lier les consommateurs et les professionnels dans la lutte contre la déloyauté pratiquée lors de pratiques commerciales déloyales. Ce qui accroîtrait la confiance accordée par les consommateurs aux professionnels et ainsi récompenserait la loyauté et l'action menée par les concurrents par un gain concurrentiel issu de cette confiance.

752 Finalement, concernant l'action de groupe nouvellement offerte en droit français, le législateur s'est limité à affirmer qu'il appartenait au juge d'ordonner les mesures propres à informer les consommateurs pouvant appartenir au groupe²⁰⁵³.

Le droit américain est très ouvert à ce sujet et la Cour fédérale de New York a ainsi pu accepter que les membres potentiels d'une classe soient informés par le biais de médias sociaux tels que TWITTER, FACEBOOK, ou encore LINKEDIN²⁰⁵⁴.

II La nécessité d'une action ouverte .

753 Ainsi que l'affirmait la Commission européenne²⁰⁵⁵, les infractions aux droits des consommateurs qui touchent un très grand nombre de ces derniers peuvent créer une distorsion de la concurrence et il importe alors de lutter pour leur éradication ou du moins leur sanction ou l'élimination des maux qu'elles causent.

Or, « les consommateurs-victimes de pratiques abusives qui souhaitent entamer des poursuites se heurtent à des barrières en termes d'accès, d'efficacité et de coût, surtout lorsque les litiges portent sur de petits montants »²⁰⁵⁶.

Toujours est-il que les consommateurs soumis à de telles atteintes bénéficient d'une alternative entre une action individuelle ou le recours à un mécanisme de recours collectif.

A L'action dans l'intérêt individuel d'un consommateur .

754 Le droit d'accès à la justice est un droit fondamental posé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et repris par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Ainsi, tout consommateur a le droit de faire entendre sa cause publiquement lorsqu'il estime que ses droits ont été bafoués.

Ce droit a d'ailleurs été réaffirmé par le biais de la réglementation des clauses abusives et l'article R.132-2 du Code de la consommation, établissant la liste grise, qui vise notamment les

2053. Code de la consommation, art. L.423-4.

2054. *Aulistar Mark, et al. v. Gawker Media LLC, et al.*, 13-cv-4347 (AJN) (USDC SDNY 10 avril 2015).

2055. Commission européenne, Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, 27 novembre 2008, COM(2008) 794 final

2056. *Ibid.* consid. 8. se référant à Commission européenne, Eurobaromètre, août 2009, *Consumer Redress in the European Union : Consumer experiences, perceptions and choices*.

clauses qui ont pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver la possibilité d'action du consommateur.

Ainsi, lorsqu'une telle clause sera disposée entre professionnel et consommateur, un retour au régime des clauses abusives devra intervenir et les magistrats pourront réputer ladite clause non écrite.

755 Il n'en demeure pas moins que l'accès à la justice est difficile pour les consommateurs notamment lorsqu'il se trouve face à un petit litige. En effet, le recours à la justice est traditionnellement rattaché aux termes de coûteux et de lent, mais face à ces deux qualificatifs, le législateur est intervenu.

Tout d'abord, face à la lenteur de la justice ont été développés des modes alternatifs de règlement des litiges que sont la médiation, la conciliation ou encore l'arbitrage, ainsi que des procédures simplifiées, telles que le référé ou plus rarement l'injonction à payer.

Ensuite, face au coût de la justice, ont été développés les mécanismes d'aide juridictionnelle et d'assurance de protection juridique. Si la première provient de l'État, la seconde est privée et permet à un assureur de prendre en charge les frais de procédure lors de litiges opposant l'assuré à un tiers²⁰⁵⁷.

Enfin, l'ouverture de possibilités d'actions en protection de l'intérêt collectif et plus récemment des intérêts individuels d'un groupe de consommateurs a été mise en place.

B L'action dans l'intérêt collectif des consommateurs

756 Par principe, seule la victime d'un dommage peut en obtenir réparation²⁰⁵⁸ ; cela étant, il arrive parfois que des groupements puissent agir pour la protection de leurs intérêts propres, de ceux de leurs membres ou encore de ceux de personnes qu'ils représentent.

Cependant, cette situation n'est convenable que lorsqu'elle s'inscrit dans un schéma simple où une personne est victime des agissements d'une autre ou de plusieurs autres.

Dans les situations plus complexes, où le nombre de victimes augmente, il n'est pertinent ni pour elles ni pour l'administration judiciaire que les cas soient jugés séparément. En effet, pour les deux, cela serait nécessairement créateur de surcoût et de redondance dans les tâches. Ainsi est-il nécessaire que des recours collectifs soient mis en place lorsque des intérêts collectifs sont affectés.

757 L'intérêt collectif peut être vu comme, « une entité générale et abstraite qui absorbe et dépasse la somme des intérêts individuels de ses membres »²⁰⁵⁹, pouvant donc alternativement être nommé intérêt collectif, intérêts diffus, ou intérêt collectif *stricto sensu* ; ou comme, « la simple

2057. Pour une étude plus approfondie des questions, voir CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé), 721 p., n° 604.

2058. Cass. Civ., 2^e, 19 mars 1997, B II n° 87, JCP 1997. IV. 1037.

2059. SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé*, Paris : Sirey, 1961 (T.I.). cité par AZAR-BAUD M.-J., *Les actions collectives en droit de la consommation : études de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Paris, 2013.

juxtaposition des intérêts individuels » des membres d'un groupe²⁰⁶⁰ correspondant donc à une somme des intérêts individuels, ou encore à des droits ou intérêts individuels homogènes.

758 Face aux atteintes aux intérêts collectifs des consommateurs, le législateur a offert aux « associations régulièrement déclarées [et] ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs [le pouvoir], si elles ont été agréées à cette fin, [d']exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs »²⁰⁶¹.

759 L'action civile menée dans l'intérêt collectif des consommateurs suppose qu'une infraction pénale porte atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. Elle consiste dans des « prises de conscience collective [...] qui conduisent les individus à se grouper en associations pour lutter contre des maux devenus intolérables »²⁰⁶².

Cette action a pour principal objet de faire cesser les pratiques constitutives d'infraction, ce qui en terme de responsabilité civile revient à une réparation en nature, mais imparfaite, du dommage causé par la faute.

Cela étant, en faisant appel au préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs, l'article L.421-1 du Code de la consommation renvoie nécessairement à une notion d'indemnisation.

Il est alors nécessaire de savoir ce à quoi l'intérêt collectif des consommateurs, susvisé renvoie en l'espèce. Il semble alors qu'il faut en réalité retenir la notion d'intérêt collectif *stricto sensu* ainsi entendue comme un intérêt abstrait qui se situe entre l'intérêt général et les intérêts individuels²⁰⁶³, il s'agit alors comme l'indique Louis BORÉ, de celui qui « ne concerne pas les intérêts égoïstes de cette personne, mais les intérêts d'un groupe de personnes qui peuvent être ou ne pas être ses membres »²⁰⁶⁴. En outre, l'intérêt doit être collectif, il doit donc être commun à plusieurs personnes, faute de quoi il resterait individuel.

Autrement dit, l'intérêt collectif ne serait ni l'intérêt général dont la protection revient au ministère public, ni la somme des intérêts individuels des membres de la société ou de la collectivité, mais un intérêt supérieur à ces derniers et inférieur à l'intérêt général.

760 Enfin, ce type d'action peut avoir trois objets :

- le premier objet consiste en la réparation du dommage collectif causé aux consommateurs. Il ne s'agit pas de la somme des préjudices individuellement subis par les consommateurs²⁰⁶⁵ mais de l'indemnisation d'un préjudice collectif. En réalité, cette indemnisation

2060. *Ibid.*

2061. Art. L.421-1 du Code de la consommation.

2062. ROCA C., « Fasc. 115 : Droit à réparation, Droit à réparation, divers dommages réparables : dommages à un groupement. », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, 18 novembre 2014.

2063. VINEY G., « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP*, 1988, II, p. 3355.

2064. BORÉ L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris : L.G.D.J., 1997 (Bibliothèque de droit privé, t. 278), 507p..

2065. Dans quel cas le recours à l'action de groupe ou en représentation conjointe serait nécessaire.

visé avant tout à récompenser l'association pour l'œuvre qu'est la sienne, lorsqu'elle agit en qualité de véritable « procureur privé ». Or, dans un tel cas, une consécration des fonctions punitives et confiscatoires de l'action en responsabilité civile pourrait faciliter la motivation des arrêts ;

- le second objet consiste en la cessation des agissements illicites. Ici, le rôle préventif de l'action menée dans l'intérêt collectif ne peut pas être contredit. Cette possibilité offerte par l'article L. 421-2 est, par ailleurs, réaffirmée par l'article L.421-6 transposant le droit européen aujourd'hui consacré par la directive 2009/22/CE du 23 avril 2009²⁰⁶⁶ élargissant les possibilités d'action en cessation dans un cadre européen ;
- enfin, l'association peut demander l'information des consommateurs à propos de la décision rendue.

C L'action dans les intérêts individuels d'un groupe de consommateurs .

761 L'action de groupe, encore connue aux États-Unis sous le nom de *class action* ou au Québec sous celui de recours collectif permet à une personne physique ou morale d'agir en action au nom d'autres sans avoir au préalable obtenu leur accord exprès.

Elle se caractérise notamment par le fait qu'elle s'attaque à ce qu'il est convenu d'appeler les dommages de masse, c'est-à-dire les dommages qui atteignent simultanément un grand nombre de personnes.

Contrairement à l'action civile menée dans l'intérêt collectif, elle n'a pas pour vocation de protéger un intérêt collectif, mais la somme des intérêts individuels des membres de la classe.

Elle pourrait alors être comparée à l'action en représentation conjointe, mais ici encore, elle s'en distingue par l'absence de nécessité d'un mandat initial permettant de mener l'action.

762 Ce type d'action permet alors, outre des économies d'échelle pour l'État l'intégrant à son arsenal judiciaire, de rendre effectif le droit d'action offert à tout citoyen. En effet, dans certains cas, les préjudices individuellement subis sont si faibles qu'il ne serait pas cohérent pour la victime d'agir contre l'auteur dont pourtant le bénéfice pourra, lui, être important²⁰⁶⁷.

En ce sens, elle poursuit une logique similaire à celle des dommages-intérêts exemplaires. Ces deux mécanismes souhaitent en effet éviter que l'auteur d'une pratique soit enrichi par cette dernière. Il s'agira alors soit d'accepter qu'une victime s'enrichisse afin de sanctionner totalement l'auteur, soit d'accepter un regroupement des victimes afin d'éviter que, découragées par la faiblesse de leur préjudice individuel, les victimes ne se signalent pas.

D'ailleurs, il est intéressant ici de noter que le *Consumer Rights Act* du 26 mars 2015 venant modifier par son annexe huit le *Competition Act* de 1998 précise qu'en cas de recours collectif, il ne sera pas possible d'accorder de dommages-intérêts exemplaires. Ici alors le législateur

2066. Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.

2067. Voir not. *Scott v. Cingular Wireless*, 160 Wash. 2d 843, 161 P.3d 1000 (2007).

Ou plus généralement, 59 Am. Jur. 2d Parties § 47.

britannique vient offrir une démonstration de la complémentarité existant entre ces deux mécanismes. Il semble en effet qu'il ne sera pas nécessaire de recourir aux dommages-intérêts exemplaires, car l'ensemble des profits pouvant être réalisés par l'auteur auront été restitués aux victimes alors regroupées. L'action de groupe se trouve alors dotée d'une fonction punitive qu'elle substitue à celle des dommages-intérêts du même nom.

763 Il découle de cette spécificité une nécessaire analyse en deux phases de l'action. Tout d'abord, il est jugé si elle est recevable. Ainsi, un demandeur représentatif va agir devant le juge pour demander réparation de son préjudice ainsi que de ceux des membres du groupe (ou classe) se trouvant dans une situation similaire à la sienne.

La règle générale est alors qu'il est nécessaire pour toute constitution de classe que les intérêts des membres du groupe soient communs²⁰⁶⁸. Or, cette communauté d'intérêts peut se trouver quant à l'objet de l'action, ou quant aux questions de droit ou de fait soulevées dans l'action²⁰⁶⁹. Ainsi ramené à l'objet de la présente étude, il serait tout à fait possible de considérer qu'un concurrent loyal pourrait se joindre à un consommateur ayant été soumis à une pratique pouvant être qualifiée de déloyale à l'aune de la directive, mais aussi de la théorie générale de la concurrence déloyale, à la poursuite d'une restauration de la loyauté nécessaire au bon fonctionnement du marché.

Puis, si tel est le cas, le représentant peut informer les victimes de l'existence du recours.

Cette annonce étant réalisée, deux systèmes peuvent être choisis, soit, les personnes qui auront accepté expressément leur représentation seront parties à l'action, selon une logique de mandat, il s'agira d'une action soumise au régime de l'*opt-in*, soit au contraire, seules les personnes qui auront expressément indiqué leur refus de participer à l'action seront exclues de cette dernière, et il sera alors question d'une action soumise au régime de l'*opt-out*.

764 Lorsque le choix est porté sur un système d'*opt-in*, les victimes seront parties à l'action uniquement si elles agissent afin d'entrer en procédure ; à l'inverse si l'*opt-out* était retenu, les victimes seraient parties à l'action à moins de s'exclure expressément de cette dernière.

Il convient alors de noter une préférence politique européenne²⁰⁷⁰ pour le système d'*opt-in* qui est choisi dans la majorité des États membres ayant mis en place une action de groupe²⁰⁷¹.

765 Ainsi, sous le modèle d'*opt-in*, le jugement n'acquiert force de *res judicata* qu'envers ceux

2068. *Sarratt v. Lincoln Ben. Life Co.*, 212 Neb. 436, 323 N.W.2d 81 (1982) ;

Gattuso v. Harte-Hanks Shoppers, Inc., 42 Cal. 4th 554, 67 Cal. Rptr. 3d 468, 169 P.3d 889 (2007).

2069. *Port Royal, Inc. v. Conboy*, 154 So. 2d 734 (Fla. Dist. Ct. App. 2d Dist. 1963) ;

Ou plus généralement : 59 Am. Jur. 2d Parties § 72.

2070. Et doctrinale, voir not. HOUTCIEFF D., « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », LPA, n° 115, 2005 ; MAINGUY D. (dir.), « L'introduction en droit français des class actions », LPA, n° 254, 22 décembre 2005, p. 6 ; MARTINET L. et CHASTEL A. DU, « Du retour de l'action de groupe et du mythe de Sisyphe », LPA, n° 49, 10 mars 2009.

Le tout cité par LECLERC M., MONÉGER J. et NIHOUL P., Les class actions du droit américain au droit européen : propos illustrés au regard du droit de la concurrence, Bruxelles : Larcier, 2012 (Europe(s), Etudes).

2071. Sont exclus de cette majorité l'Espagne, dont la *Ley de enjuiciamiento civil* a choisi à travers ses articles 11.2 et 11.3 un système d'*opt-out* ; le Portugal qui a opéré le même choix à travers son article 26A du *Código de processo civil* ; et enfin le Danemark qui a combiné les deux systèmes en un.

qui ont exprimé leur volonté d'être partie à l'action. Ce système présente donc certains avantages et inconvénients²⁰⁷².

En effet, sous un tel régime, les victimes ont le choix d'être parties ou non à l'action, il en découle que les actions vexatoires ou excessives sont limitées. En outre, chaque partie connaît le nombre de personnes membres de la classe. Enfin, un tel système impose une participation active. Cela ne veut pas dire qu'ils vont se représenter eux-mêmes, mais cette participation permet notamment d'alléger les difficultés quant au *quantum* de l'indemnisation qui dans un système d'*opt-in* sera corrélé aux identités déclarées.

Cependant, un tel système sera limité quant à la protection de l'intégralité des victimes. En effet, puisque toutes les victimes ne seront pas automatiquement membres du groupe, la réparation du dommage causé ne sera pas intégrale, seuls les préjudices déclarés le seront. La faute commise par l'auteur de la pratique restera alors en partie lucrative²⁰⁷³. Corrélativement, il sera possible que se succède une multitude d'actions (de groupe ou non), car toutes les victimes n'étant pas représentées par l'action, celles qui n'auront pas opté pour cette dernière pourront en mener une autre. L'action de groupe apparaissant comme un moyen de politique juridique contre l'engorgement des juridictions, un tel système viendrait alors nécessairement amoindrir cette capacité.

Cependant, le choix de l'*opt-in* réalisé en France²⁰⁷⁴ se justifie doublement par rapport aux principes processuels français²⁰⁷⁵. D'une part, il permet de ne pas heurter le principe selon lequel « nul ne plaide par procureur », et d'autre part, il permet aux magistrats de ne pas statuer face à un groupe abstrait, ce qui pourrait être constitutif d'un arrêt de règlement prohibé par l'article 5 du Code civil. Autrement dit, le fait que les personnes se situant dans une même situation se soient réunies à l'instance permet d'éviter qu'un jugement rendu de manière générale puisse être qualifié d'arrêt de règlement²⁰⁷⁶. Enfin, il permet d'éviter de soumettre la classe à une phase de certification contrairement à ce qui se passe aux États-Unis ou encore au Canada²⁰⁷⁷.

766 À l'inverse dans le système d'*opt-out*, par défaut, toutes les victimes sont parties à l'action. Ainsi, l'action est menée sur la base d'une estimation de la taille du groupe de victimes. Puis la publication de la sentence sur le fond augmente la conscience des victimes potentielles et leur permet de se déclarer afin d'être indemnisées.

2072. ASHTON D. et HENRY D., *Competition damages actions in the EU : law and practice*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA : Edward Elgar, 2013 (*Elgar competition law and practice*), 277 p., n^{os} 6.014 et sqq..

2073. Pour une étude de la fonction punitive de l'action de groupe, voir not. MAINGUY D. et DEPINCÉ M., « Pour l'action de groupe en droit français », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n^o 20, 16 mars 2013, act. 355.

2074. Voir *infra*.

2075. MAINGUY D. et DEPINCÉ M., « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n^o 12, 20 mars 2014, 1144.

2076. La question peut être, et sera, débattue. En ce sens, voir not. REVET T., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *Revue des contrats*, Lextenso, n^o 2, 15 juin 2015, p. 393.

2077. AMRANI-MEKKI S., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *Revue des contrats*, Lextenso, n^o 2, 15 juin 2015, p. 398.

En effet, une étude réalisée au profit du Conseil de Justice Civile d'Angleterre et du Pays de Galle a démontré que le taux de participation médian d'un tel système était de 99%²⁰⁷⁸.

Cela permettrait en outre d'informer les victimes sans contrevenir à l'interdiction, pratiquée en France, de publicité au profit des avocats, si une telle action leur était confiée.

Cependant, l'*opt-out* peut générer des conflits de classe, notamment concernant les motivations des membres du groupe pouvant avoir subi des préjudices plus ou moins importants.

767 Ce type d'action a comme intérêt principal qu'elle permet de lutter contre des dommages qui le plus souvent ne seraient pas réparés. En effet, alors que le dommage créé par les pratiques est souvent très important, ce dernier est composé d'une multitude de préjudices qui eux restent minimes.

Il en découle qu'au niveau individuel, il n'est favorable ni à la victime ni à l'administration judiciaire qu'une action soit menée. Cependant, au niveau de la classe, ou de la société en elle-même, la réparation du dommage est nécessaire. En effet, l'absence de réaction face à ces préjudices diffus favorise, par une approche *Law & Management*, la poursuite de pratiques commerciales déloyales opérées par des entreprises, qui connaissant la faiblesse du préjudice individuellement causé, savent que les probabilités de poursuites sont faibles, alors que le gain réalisé par elles sera le plus souvent important.

En effet, le management juridique repose sur une considération pragmatique de l'état du droit²⁰⁷⁹. Une telle reconnaissance permet de manager tant les opérations internes que celles qui seraient externes à l'entreprise. Or, parmi les opérations internes à l'entreprise figurent la gestion des risques, notamment de litiges, ainsi que la gestion de ces derniers.

Concernant la gestion des risques, le risque juridique est « la probabilité que survienne un évènement extérieur à la volonté de l'entreprise, susceptible de modifier sa situation juridique et/ou d'avoir des répercussions économiques pour elle »²⁰⁸⁰. Parmi ces derniers figure alors notamment le risque d'action en indemnisation sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle ou du *tort*.

768 Cependant, il importe de préciser que cette action, bien qu'elle constitue un avantage pour les victimes, se heurte en droit français à certains principes, ainsi, la rémunération au pourcentage est interdite²⁰⁸¹, mais également, ce type d'action semblerait contraire à la règle selon laquelle, nul ne plaide par procureur.

En outre, contrairement à l'action en représentation conjointe, l'action de groupe permet à une personne d'ester en justice au nom de personnes identifiables, mais, au moins dans sa pre-

2078. MULHERON R., Reform of collective redress in England and Wales : e perspective of need. A research paper for submission to the Civil Justice of England and Wales., 28 novembre 2007. URL : <http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/CJC/Publications/Other+papers/reform-of-collective-redress.pdf>.

2079. MASSON A., « L'approche «Law & Management» », RTD Com. Dalloz, 2011, p. 233.

2080. *Ibid.*

2081. Art. 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, modifié par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 : « Toute fixation d'honoraires, qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire, est interdite ».

mière phase, non identifiées et supposées avoir subi un préjudice similaire à celui du demandeur représentatif.

Cependant, le système des recours collectifs n'est pas inconnu en droit de l'Union européenne où il est considéré tant par la CJUE²⁰⁸² que par différentes directives²⁰⁸³.

Enfin, plus récemment, tant le Parlement européen que la Commission ont marqué une volonté d'avancer vers une harmonisation européenne des recours collectifs²⁰⁸⁴.

D'ailleurs, concernant la présente étude, il convient de rappeler que la Commission européenne a affirmé dans un document de travail²⁰⁸⁵ que « lorsque des citoyens et des entreprises sont victimes de la même infraction, commise par la même entreprise, la jonction de leurs plaintes dans une même procédure de recours collectif unique, ou leur représentation en justice, aux fins de ce recours, par une entité représentative ou un organisme agissant dans l'intérêt public, pourraient simplifier la procédure et réduire les frais ».

Cette proposition est d'autant plus intéressante qu'elle permettrait par une association des recours des entreprises à ceux des consommateurs de renforcer la protection des consommateurs, des concurrents et ainsi du marché tout en évitant que les uns ou les autres soient indemnisés pour un préjudice subi par d'autres.

2082. Voir not. point 47 des conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS pour l'affaire CJUE, 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst contre Republik Österreich*, aff. C-195/98, rec. 2000 I-10497.

Ou encore, CJUE, 10 septembre 2009, *Erhard Eschig contre UNIQA Sachversicherung AG*, aff. C-199/08, rec. 2009 I-08295, point 64.

2083. Voir, Dir. 93/13/CE, art. 7 : « 1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.

3. Dans le respect de la législation nationale, les recours visés au paragraphe 2 peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires » ;

Dir. 2009/22/UE, abrogeant la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation ;

Enfin la Dir. 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui reconnaît par son article 4(1)c et d, comme personne ayant qualité pour demander application des règles de la directive, not., « les organismes de gestion collective des droits de propriété intellectuelle régulièrement reconnus comme ayant qualité pour représenter des titulaires de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où les dispositions de la législation applicable le permettent et conformément à celles-ci [et] les organismes de défense professionnels régulièrement reconnus comme ayant qualité pour représenter des titulaires de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où les dispositions de la législation applicable le permettent et conformément à celles-ci »

2084. Voir en ce sens :

Proposition de résolution du Parlement européen, « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectif » du 12 janvier 2012 (2011/2089(INI)) ;

Communication de la Commission « Vers un cadre horizontal européen pour le recours collectif » du 11 juin 2013, COM(2013) 401 final ;

Ou encore Recommandation de la Commission « relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union » du 11 juin 2013, (2013/396/UE).

2085. Commission européenne, 4 février 2011, Document de travail de la Commission, Consultation publique : renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs, SEC(2011)173 final.

En effet, la combinaison d'un tel recours avec une indemnisation extra compensatoire permettrait une captation totale du bénéfice réalisé par l'auteur de la pratique déloyale sans que ce dernier ne puisse se prévaloir d'une défense notamment basée sur le *passing on*. Ainsi, si ce dernier se basait sur une telle répercussion des coûts sur les consommateurs, ces derniers étant parties à la cause pourraient se voir directement remettre les bénéfices.

Enfin, et de manière plus sociologique, une telle association permettrait de créer un mouvement de cohésion sociale entre les entreprises loyales et les consommateurs, engendrant ainsi une confiance accrue et donc une consommation renforcée.

Un tel régime ne pourrait alors que bénéficier tant à la justice qu'au marché.

769 Il apparaît cependant que différents types d'actions sont englobés par cet intitulé de recours collectif visant chacun un objectif différent, parmi lesquels figurent notamment la cessation d'activités interdites, la réparation d'un intérêt général ou collectif, ou encore la réparation d'intérêts individuels.

De la même manière, le Royaume-Uni reconnaît trois types de recours, les *representative actions* qui peuvent être engagées quand plus d'une personne ont un même intérêt, ce type d'action semble alors ne pas convenir à la présente matière qu'est l'indemnisation²⁰⁸⁶ ; les Group Litigation Orders (GLOs)²⁰⁸⁷ qui consiste en un regroupement des actions portant sur des problèmes de droit ou de fait communs ou liés ; ou enfin l'action offerte à un corps spécifié²⁰⁸⁸ au profit de plusieurs consommateurs subissant les effets d'un agissement anticoncurrentiel. Il s'agit par cette dernière pour le Royaume-Uni de combiner les droits de l'Union européenne et anglais²⁰⁸⁹.

770 Aux États-Unis, le régime de l'action de groupe repose sur la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure*, ainsi que sur le *Class action Fairness Act* de 2005.

Ainsi, un ou plusieurs membres d'une classe pourront poursuivre ou être poursuivis comme une partie représentative de tous les membres seulement si :

- les membres du groupe sont si nombreux qu'il serait impossible de tous les réunir ;
- il y a des questions de droit ou de fait communes à cette classe²⁰⁹⁰ ;
- la demande ou la défense de la partie représentative est typique des demandes ou questions des autres membres de la classe ;

2086. CPR, Part. 19-II, not. art.19.6.

2087. CPR, Part. 19-III.

2088. Le terme employé étant *specified body* sans qu'aucune indication supplémentaire sur la nature de ce *corps* soit apportée.

2089. Section 47B intégrée au *Competition Act* de 1997 par la section 19 de l'*Entreprise Act* de 2002 et modifiée par le *Consumer Rights Act* de 2015 entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2015.

2090. Deux politiques sont pratiquées à travers les États concernant ces deux premières conditions. En effet, certains considèrent qu'elles doivent être remplies de manière cumulative : Del.Ch.Rule 113 ; Fla.Comp.Gen.Laws Ann. (Supp., 1936) §4918 (7) ; Georgia Code (1933) §37-1002 ;

D'autres les considèrent comme alternatives : Ala.Code Ann. (Michie, 1928) §5701 ; 2 Ind.Stat.Ann. (Burns, 1933) §2-220 ; N.Y.C.P.A. (1937) §195 ; Wis.Stat. (1935) §260.12.

— et la partie représentative veut protéger de manière loyale et adéquate les intérêts des autres membres de la classe.

L'union des différends évite ainsi les risques de décisions différentes qui pourraient établir des standards de conduite incompatibles à la partie adverse. Ainsi, une volonté politique de rationalisation des décisions apparaît : il ne s'agit pas uniquement de traiter l'ensemble des litiges en masse afin de réduire les coûts, mais aussi de rendre une justice cohérente à propos d'un acte souvent unique ou de plusieurs actes identiques.

Une telle action se déroulera en plusieurs phases, ainsi, après la déclaration de la partie représentative, le système américain recherche la recevabilité de l'action durant la phase de certification de la classe. Durant cette même phase, la classe sera définie et le conseil fixé.

Puis vient la phase de notification où la Cour devra notifier l'existence de l'action à l'ensemble des membres de la classe, ou à travers un effort raisonnable à tous les membres pouvant être identifiés puisque le système alors employé sera celui de l'*opt-out*. Cette notification devra préciser notamment, la nature de l'action, la définition de la classe certifiée, ses demandes ou défenses, mais également qu'un membre peut être exclu de la classe par demande à la Cour, demande qui si elle n'est pas exercée dans les délais et manières imposés par la Cour, ne permettra pas à la personne de ne pas être liée par la décision.

Enfin, le jugement, qui pourra, tout en restant fondé sur la classe, considérer les positions particulières de certains membres ou l'existence de sous-classes.

Ainsi, pour que le recours soit recevable, il est nécessaire d'une part que le demandeur représentatif ait un intérêt à agir, et d'autre part que la demande soit *a priori* bien fondée. Ainsi, une certification pourrait être refusée si la partie représentative ne pouvait être considérée comme l'une des victimes de la classe, ou s'il était impossible d'identifier d'autres membres de la classe²⁰⁹¹.

771 Pour sa part, la France a récemment introduit une action de groupe au sein de son arsenal judiciaire²⁰⁹².

Celle-ci intègre, par le biais d'un article unique, un chapitre trois au sein du titre deux du livre quatre du Code de la consommation, et crée une action ouverte aux associations représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L.411-1 en indemnisation des préjudices individuels des consommateurs situés « dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles : 1° À l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ; 2° Ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »²⁰⁹³. Les situations couvertes par la présente directive seront alors couvertes par ce type d'action.

2091. Voir not. *Donaca v. Dish Network, LLC.*, n° 11-cv-02910-rBJ-Klm, 2014 WL 623396 (D. colo., 18 février 2014)

2092. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

2093. Code de la consommation, art. L.423-1.

Deux remarques seront apportées ici :

- tout d'abord, seuls les préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels seront considérés. Si l'exclusion des préjudices moraux est, au sens des présents travaux, bienvenue²⁰⁹⁴, l'exclusion des préjudices corporels est plus discutable²⁰⁹⁵ ;
- et enfin, cette action diffère de la *class action* américaine qui d'une part, ne limite pas la possibilité d'ouverture d'une telle action au droit de la consommation, et d'autre part, ouvre le droit d'action à l'un quelconque des membres du groupe. Il apparaît dès lors que si le législateur a souhaité limiter les dérives connues par le système américain, il a limité les possibilités d'une ouverture d'action diminuant d'autant la protection offerte²⁰⁹⁶.

En outre, le système choisi est celui de l'*opt-in* et il revient au juge d'ordonner les mesures adaptées pour informer les victimes de la décision, ainsi que les délais et modalités d'adhésion au groupe. Il ne s'agit donc pas d'une action en représentation d'autrui, mais d'une action en substitution, car l'association agit pour autrui sans que ces derniers soient identifiés²⁰⁹⁷.

Ce choix d'*opt-in*, malgré ses avantages quant aux respects des principes processuels²⁰⁹⁸, pose également des difficultés. En effet, la loi n'interdit pas à plusieurs associations d'agir parallèlement. Le projet de loi permettait au juge de choisir un chef de file, mais cette possibilité a finalement été abandonnée. Il n'y a donc plus de litispendance et les associations seront considérées comme des parties distinctes les unes des autres, ce qui retire à l'action de groupe une part de sa fonction réductrice d'engorgement des juridictions²⁰⁹⁹.

La loi précise en outre qu'une telle adhésion vaut mandat de versement de l'indemnisation à l'association qui elle-même devra la reverser sur un compte de dépôt à la Caisse des Dépôts

2094. Voir contra. MAINGUY D. et DEPINCE M., « L'introduction de l'action de groupe en droit français », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 20 mars 2014, 1144.

2095. La protection de ces intérêts devra donc se faire par l'emploi de recours individuels.

2096. En effet, seules quinze associations pourront mener une action de groupe : Institut national de la consommation, « L'action de groupe, un an après : cinq actions ont été lancées », 30 septembre 2015. URL : <http://www.conso.net/content/laction-de-groupe-un-apres-cinq-actions-ont-ete-lancees>.

Pour une critique du monopole accordé aux associations de protection des consommateurs, voir not. MAINGUY D. et DEPINCE M., « Pour l'action de groupe en droit français », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 20, 16 mars 2013, act. 355.

Il ressort d'ailleurs de l'interview du Président de l'UFC-Que choisir que, dans l'affaire qui oppose son association à la société Foncia, le dossier a été transmis à un avocat qui avait déjà travaillé sur ce dossier. Il apparaît donc d'une part, et en toute logique, que le recours à un avocat est nécessaire, mais également, et surtout, qu'en l'espèce, l'avocat avait déjà eu connaissance du dossier. L'association ne semblant alors agir qu'en tant qu'intermédiaire regroupeur de cas individuels. « Action de groupe un an après : quels sont les principaux enseignements ? Interview d'Alain BAZOT, président de l'UFC-Que Choisir. », 1 octobre 2015. URL : http://www.village-justice.com/articles/Bilan-Action-groupe,20538.html?utm_source=backend&utm_medium=RSS&utm_campaign=RSS.

2097. AMRANI-MEKKI S., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », Revue des contrats, Lextenso, n° 2, 15 juin 2015, p. 398 ;

Citant JEULAND E., « Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe » : JCP G 2013, n° 37, 927.

2098. Voir *supra*.

2099. AMRANI-MEKKI S., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », Revue des contrats, Lextenso, n° 2, 15 juin 2015, p. 398.

et consignations dont les mouvements de débits ne seront permis que pour l'indemnisation individuelle des victimes²¹⁰⁰.

Cette dernière disposition engendre deux remarques, tout d'abord, le choix de la Caisse des Dépôts et Consignations comme lieu de versement des indemnités est questionnable, un fonds d'indemnisation des victimes aurait pu être créé ; ensuite et corollairement, aucune précision n'est apportée sur le sort des sommes versées sur un tel compte et non demandées par les victimes.

772 Enfin, et parallèlement, une action de groupe simplifiée est rendue possible par l'article L.423-10 du Code de la consommation lorsque l'identité ainsi que le nombre des victimes est connu. Dans un tel cas, l'indemnisation s'effectuera directement aux victimes sans mandat au bénéfice de l'association et donc sans versement sur un compte de la Caisse des Dépôts.

Il convient de noter que cette action simplifiée fait en grande partie double emploi avec l'action en représentation conjointe à la différence que cette dernière ne se limite pas aux préjudices patrimoniaux découlant d'un dommage matériel. En effet, la loi 92-60 du 18 janvier 1992, dite loi NEIERTZ a autorisé des associations agréées de protection des consommateurs à agir sur mandat d'au moins deux des consommateurs concernés en réparation des préjudices subis²¹⁰¹.

Les actions de groupe devraient donc faire évoluer l'application des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales. D'ailleurs, l'Association Familles Rurales a affirmé à travers un Communiqué de presse du 12 mai 2015 avoir lancé la première action de groupe, contre l'opérateur téléphonique SFR, pour pratique commerciale trompeuse. En effet, cette dernière considère que l'opérateur ne fournissait pas aux consommateurs une information fiable quant à la disponibilité du réseau 4G²¹⁰².

773 Finalement, le 1^{er} octobre 2015, date du premier anniversaire de l'action de groupe française a été l'occasion pour différentes institutions de faire un premier bilan de l'efficacité du mécanisme tel qu'introduit en France.

Il découle de ces bilans que cinq actions ont été menées²¹⁰³, dont une seule a abouti, grâce à une médiation, permettant l'indemnisation de près de 100000 consommateurs. D'ailleurs, ce

2100. Code de la consommation, art. L.423-4 à L.423-6.

2101. Art. L.422-1 du Code de la consommation : « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre I^{er} peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs.

Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur ».

2102. Pour le communiqué de presse, voir <http://www.famillesrurales.org/2015-503-536.html#1080>.

2103. Institut national de la consommation, « L'action de groupe, un an après : cinq actions ont été lancées », 30 septembre 2015. URL : <http://www.conso.net/content/laction-de-groupe-un-apres-cinq-actions-ont-ete-lancees>. Consulté le 12 octobre 2015.

Quatre selon Alain BAZOT, Président de l'UFC-Que Choisir : « Action de groupe un an après : quels sont les principaux enseignements ? Interview d'Alain BAZOT, président de l'UFC-Que Choisir. », 1 octobre 2015. URL : http://www.village-justice.com/articles/Bilan-Action-groupe,20538.html?utm_source=backend&utm_medium=RSS&utm_campaign=RSS ;

mode de règlement extrajudiciaire des litiges sera favorisé par l'État qui a choisi de compléter l'efficacité offerte par l'action de groupe par une généralisation, dès janvier 2016, du dispositif de médiation à tous les secteurs de la consommation²¹⁰⁴.

En effet, la médiation permettrait, comme ces actions le démontrent²¹⁰⁵ de lutter contre les lenteurs de la justice dues notamment à un engorgement des tribunaux.

Cependant, une autre difficulté semble se poser aux associations. En effet, tel que l'affirme Alain BAZOT, l'évaluation du préjudice est difficile. Et même si l'autorité de la concurrence évalue le préjudice à l'économie, elle n'offre aucune aide quant à celle du préjudice des consommateurs.

Le Président de l'UFC-Que choisir, propose donc de prendre en considération le préjudice moral, affirmant que « dans bon nombre de dossiers, la difficulté d'évaluer le préjudice sur le plan pécuniaire fait que la porte de sortie serait la possibilité de prendre en compte le préjudice moral ».

Or, l'on voit bien ici l'incohérence de la réaction, face à une difficulté d'évaluation d'un préjudice patrimonial, le recours au préjudice moral pourrait être une porte de sortie. Or, ce dernier n'est pas plus aisé à évaluer, ce n'est que parce qu'il est plus malléable qu'il trouve ici un intérêt.

Il serait cependant regrettable de recourir à une telle fiction juridique alors que le recours à des mécanismes punitifs, ou simplement confiscatoires serait plus acceptable²¹⁰⁶.

§3 L'évaluation du préjudice.

774 Le principe est que la réparation doit être égale au préjudice subi.

Il y a donc lieu, comme il l'a été démontré auparavant, de réparer la perte subie et le gain manqué.

Alors que le calcul du *quantum* du préjudice est difficile par lui-même, il arrive parfois qu'il n'y ait aucune possibilité de baser l'indemnisation sur la perte ou le gain manqué.

À défaut de ces deux dernières bases, il sera possible pour le juge de se référer, au risque de dommage (I), à la perte de chance (II), mais dans tous les cas, il devra calculer le *quantum* du préjudice afin d'opérer une indemnisation intégrale (III).

I La considération du risque .

775 Alors que le principe est qu'en matière de responsabilité civile délictuelle le préjudice doit être certain, certaines solutions semblent assouplir cette condition et admettre les simples

Mais six selon le Ministère de l'Économie : M. Pinville, « L'action de groupe a 1 an : un dispositif qui a déjà fait ses preuves », Communiqué de presse n° 867, 1 octobre 2015. URL : <http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/19775.pdf>.

2104. Ordonnance n° 2015-1033, du 20 août 2015.

2105. La première action à avoir été menée (par l'UFC-Que Choisir, contre la société Foncia) n'a toujours pas obtenu de date d'audience.

2106. Voir *infra*, p. 472 sqq..

risques ou même les simples risques suspectables de dommage comme condition de responsabilité.

Ainsi, dans une solution rendue le 10 juin 2004 par la Cour de cassation²¹⁰⁷, la responsabilité d'une société d'exploitation d'un golf avait été retenue et confirmée par la Haute juridiction qui pour caractériser un trouble de voisinage affirmait que des projections de balles devaient se produire de manière inéluctable et qu'il y avait donc un risque de dommages futurs²¹⁰⁸.

Allant plus loin, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence²¹⁰⁹ avait même accepté de fonder le trouble de voisinage sur un risque de dommage incertain, mais simplement suspectable pour ordonner le déplacement d'une antenne de téléphonie mobile.

Il semble alors que dans de tels cas, la responsabilité ne soit plus basée sur la faute, mais sur le risque, faisant ressurgir le très controversé principe de précaution.

776 Il sera en outre nécessaire de distinguer le risque de dommage du préjudice actuel découlant d'un risque de dommage. Ainsi, les mesures préventives relatives à un risque d'inondation causé par le comportement fautif d'un voisin pourront être indemnisées²¹¹⁰. Suivant ce raisonnement, l'indemnisation du concurrent, victime par ricochet de pratiques commerciales déloyales, car ayant dû prévenir l'effet de la déloyauté sur les consommateurs, devra être possible. Par exemple, celui qui se sera engagé dans des frais permettant de rétablir la distinction entre ses produits et ceux d'un concurrent, ayant créé de manière déloyale une confusion, pourra obtenir un remboursement de ces derniers.

Cependant, une telle situation s'éloigne en réalité de celle de risque puisque le dommage est déjà né pour le concurrent qui s'est engagé, du fait de la pratique déloyale de son concurrent, dans une pratique défensive coûteuse. À l'inverse, en l'absence d'action préventive, les conditions de succès de ce dernier ne semblent pas réunies.

777 Il conviendra alors de se demander, et de suivre la jurisprudence afin de savoir, si ces notions de risque et de risque suspectables de dommage pourront être employées afin d'agir, sur le fondement du droit commun, contre des pratiques commerciales susceptibles d'altérer le comportement économique du consommateur.

Une telle solution ne serait alors cohérente qu'en cas de volonté de pénaliser l'auteur des pratiques commerciales déloyales.

En effet, un simple risque ne serait ni un réel préjudice ni une source d'enrichissement injuste, et donc seule la fonction punitive pourrait expliquer une telle réaction ; à moins d'accepter

2107. Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, RTD civ. 2004, p.738, obs. JOURDAIN.

2108. V. note JOURDAIN op. cit., citée par DELEBECQUE PH., JOURDAIN P. et MAZEAUD D., « Responsabilité civile : panorama 2004 », Recueil Dalloz, 2005, p. 185.

2109. CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004. cité par DELEBECQUE PH., JOURDAIN P. et MAZEAUD D., « Responsabilité civile : panorama 2004 », Recueil Dalloz, 2005, p. 185.

2110. Cass. Civ. 1^{re}, 28 novembre 2007, n° 06-19.405, Bull. civ. I, n° 372 ; JCP 2008. I. 125, n° 7, obs. STOFFEL MUNCK ; D. 2008. 2894. obs. BRUN ; RTD civ. 2008. 679, obs. JOURDAIN.

Voir aussi TOURNEAU PH. LE (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), n° 1413.

que les préjudices moraux jouent encore une fois un rôle hybride permettant *de facto* de sanctionner une faute en acceptant *de jure* une qualification de victime morale d'une personne n'en ayant pas réellement les traits²¹¹¹.

II La notion de perte de chance .

778 Selon François BOUCHON, « ce qui sépare une réclamation concernant le gain manqué d'une réclamation concernant la perte d'une chance, c'est la fiabilité des renseignements sur lesquels sont appuyées les estimations »²¹¹².

Autrement dit, l'évaluation du gain manqué doit être faite à partir de données fiables et contrôlables, alors que la perte de chance fait davantage appel à des prévisions et donc à des données, par définition, moins vérifiables.

Il en découle que par nature, la perte de chance est aléatoire et qu'alors le préjudice est incertain. En réalité, il est plus cohérent d'affirmer que la perte doit être actuelle et certaine alors que la chance par nature sera aléatoire. Ainsi, les Hauts magistrats ont pu affirmer que « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »²¹¹³.

Ici encore, cette notion pourra être employée par le concurrent loyal contre l'auteur d'une pratique commerciale déloyale qui pourrait lui faire perdre une chance de contracter avec le consommateur dont le comportement économique aurait été altéré.

779 Concernant l'évaluation de cette perte de chance, deux approches peuvent être mises en place²¹¹⁴, la première consiste en l'emploi de probabilités. Selon cette approche, il est procédé aux mêmes calculs que ceux employés pour fixer le gain manqué, à la différence que dans le cas présent, les informations manquantes sont remplacées par des hypothèses ; à chacune de ces hypothèses est fixé un taux de chance de réalisation, et le *quantum* de la perte de chance égalera le montant du gain espéré multiplié par le taux de chance de réalisation de ce gain.

Le calcul s'approche alors grandement de celui du gain manqué qui lui à un taux de chance de 100%.

Il s'agirait alors de considérer que « le hasard obéit à des lois mathématiques »²¹¹⁵, et à l'instar des calculs menés par les compagnies d'assurances pour calculer les risques de surve-

2111. Voir *supra*, p. 425 sqq..

2112. BOUCHON F. et BON J., L'évaluation des préjudices subis par les entreprises [droit à l'indemnisation, évaluation du préjudice, exécution], Paris : Litec, 2002.

2113. Cass. Civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, n° 05-15.674, Bull. civ. I, n° 498.

Mais également, TOURNEAU PH. LE (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), n° 1418.

2114. BÉLOT F., « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », Recueil Dalloz, 2008, p. 1569.

2115. RÉTIF S., « Fasc. 101 : DROIT À RÉPARATION. - Conditions de la responsabilité délictuelle. - Le dommage. - Caractères du dommage réparable », JurisClasseur Civil Code, 3 juin 2015.

nance des faits qu'elle assure, il s'agit en l'espèce de calculer les risques de survenance d'une chance de gain par la victime.

En effet, alors que la chance peut être définie comme la probabilité que survienne un événement favorable, le risque peut lui être défini comme la même probabilité que survienne un événement défavorable.

Or, pour qu'une chance soit possible, il faut que la situation de réalisation de cette chance soit née. Ainsi, la fameuse distinction entre le dommage et le préjudice ressurgit. En effet, il y aura perte de chance lorsque la victime sera dans une situation dommageable certaine, et ce ne sera que cette chance qui devra être quantifiée pour permettre une indemnisation du préjudice réellement subi.

Ainsi, il aura été refusé d'indemniser la perte de chance de devenir boulanger d'une personne qui n'aura entrepris aucune démarche pour acquérir un fonds de commerce de boulangerie²¹¹⁶.

Cette condition se trouve d'ailleurs reprise par le rapport TERRÉ, qui précise dans son article 9 que « l'interruption d'un processus à l'issue incertaine ne peut constituer un dommage que s'il existait des chances réelles et sérieuses qu'il aboutisse à un résultat favorable ».

La seconde approche est celle qui emploie des spéculations. L'approche fait alors la part belle à l'intuition au dépit de la rationalité.

780 En tout état de cause, il convient de distinguer l'indemnisation de la perte de chance, du bénéfice que la victime aurait réalisé si l'événement favorable était arrivé²¹¹⁷.

En effet, la chance, par définition, est soumise à l'aléa, et lors de la fixation du montant de la perte soumise à la chance, cet aléa doit être pris en considération.

C'est ainsi que l'avant-projet CATALA dispose en son article 1346 que « la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »²¹¹⁸.

781 En droit anglais, la notion de perte de chance²¹¹⁹, est employée pour contrebalancer les défauts de lien causal certain. Il est alors question de baser le préjudice sur la perte proportionnée²¹²⁰. Ici alors le préjudice est recatégorisé en chance de gain ou d'éviter une perte, et l'indemnisation est alors calculée en proportion de cette chance.

C'est alors l'arrêt *Hoston v. East Berkshire Area Health Authority* qui fait ici autorité.

2116. Cass. 2^e civ., 3 décembre 1997 : Juris-Data n° 1997-005187, cité par RÉTIF S., Fasc. 101, op. cit.

2117. Cass. 1^{re} civ., 27 mars 1973 : JCP G 1974, II, 17643, note SAVATIER ; Cass. 2^e civ., 18 mars 1998 : Juris-Data n° 1998-001615 ; Cass. com., 19 octobre 1999 : Bull. civ. 1999, IV, n° 176 ; Defrénois 2000, P.1278, note LECOURT.

2118. CATALA P. et France, Ministère de la Justice, Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Paris : La Documentation française, septembre 2005, 208 p., art. 1346.

2119. Dite *Loss of a chance*.

2120. Ou *proportionate loss*.

Dans cette affaire, une personne était tombée d'un arbre et avait été menée à l'hôpital qui n'avait pas découvert une fracture de la hanche. Malheureusement, il était résulté de cette dernière une nécrose vasculaire dont le risque de survenance aurait été réduit de 75% si la fracture avait été découverte. Les juges avaient alors décidé sur cette base de fixer l'indemnité due au quart de chance perdue de pouvoir éviter le préjudice ²¹²¹.

782 De la même manière, lors de pratiques commerciales déloyales, cette notion de perte de chance permettrait de réagir face à une perte présente ou future subie par le concurrent loyal découlant en proportion incertaine de la pratique déloyale de l'auteur.

À l'inverse, il ne s'agira pas de confondre cette notion avec la sanction de la dissimulation d'un aléa faisant espérer au consommateur une chance de gain accrue.

En effet, dans un tel cas, seules les mesures punitives seraient efficaces afin de lutter contre la tromperie utilisée ²¹²².

III Les difficultés quant au *quantum* .

783 En France, malgré la création de tribunaux spécialisés en matière de concurrence, le juge n'est que rarement un spécialiste dans la matière qu'il traite. Or, tant il est possible pour un spécialiste du droit tel que lui de découvrir s'il y a ou non infraction, faute ou toute autre cause de responsabilité, tant il lui est plus difficile d'apprécier le *quantum* du préjudice causé par ce fait.

Pourtant, il est le plus souvent laissé face à son propre chef accompagné de son seul « flair » ²¹²³.

Cela dit, le juge a le pouvoir, selon l'article 232 du Code de procédure civile, de nommer un expert indépendant qui l'assistera dans sa tâche.

Cela étant, la difficulté s'agrandit encore lorsque la victime l'est par ricochet. En effet, l'aspect concurrentiel apporte en la matière une difficulté supplémentaire qu'est la relation commerciale. Ainsi l'auteur d'une pratique commerciale déloyale pourra, dans certains cas, baser sa défense sur le fait que la victime indirecte, c'est-à-dire en l'espèce le concurrent loyal, aura répercuté les coûts de son préjudice sur les consommateurs et n'aura donc subi aucun préjudice malgré le dommage certain ²¹²⁴.

Ici se montre alors la nécessité de renforcer l'action des consommateurs et de mêler la protection des intérêts des différents agents économiques touchés par la pratique commerciale déloyale.

En ce sens, la communauté de dommages existants entre les concurrents loyaux et les consommateurs, ainsi que la communauté de faute ayant causé ce dommage, pourraient per-

2121. *Hoston v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 1 A.C. 750. Cité par ALLEN D.K., MARTIN R. et HARTSHORNE J.T., *Damages in tort*, London : Sweet & Maxwell, 2000 (Tort Law Library), n° 4-011.

2122. Voir en ce sens *infra*, n° 814.

2123. ORMESSON O. D', « Quantifying damages in civil proceedings - A practitioner's point of view », in JEAN-YVES ART et Institut de droit de la concurrence (Paris) (dirs.), *New frontiers of antitrust* 2011, Brussels : Bruylant, 2012, p. 79 sqq..

2124. Il est alors question de *pass on defence*.

mettre une action de groupe commune. Autrement dit, concurrents et consommateurs agiraient, à dessein commun, groupés, tout en faisant partie de sous classes différentes. Le dommage globalement engendré par la pratique serait par la suite ventilé entre les deux classes puis entre les membres de ces classes.

784 En outre, les juges du fond ne sont, par principe, liés à aucun mode de calcul ou barème préétabli pour fixer le *quantum* du préjudice.

Cette situation s'explique par la nécessité d'une indemnisation intégrale qui se doit donc d'être l'objet d'une appréciation *in concreto*.

Cela étant, ils peuvent utiliser de tels barèmes pour forger leur opinion dès lors que leur prise en compte est justifiée²¹²⁵.

En effet, l'évaluation du préjudice reste à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation ne peut que se fonder sur le principe de réparation intégrale pour censurer les décisions qui l'auraient nié.

Ainsi en sera-t-il notamment des arrêts qui fixent le montant de l'indemnisation à un euro symbolique²¹²⁶ alors que le préjudice est de toute évidence supérieur, de celles qui se réfèrent à l'équité²¹²⁷, ou encore de celles qui par une motivation trop détaillée laissent apparaître une atteinte au principe de réparation intégrale²¹²⁸.

Or, cette dernière difficulté produit l'effet pervers qui pousse les juges du fond à ne pas motiver de manière détaillée leur mode de calcul du préjudice ce qui est source d'insécurité juridique puisqu'il n'est pas possible d'étudier le courant jurisprudentiel d'estimation des préjudices²¹²⁹.

785 Enfin, il est reconnu qu'en matière de concurrence la difficulté est grande lorsqu'il s'agit de fixer le montant du préjudice subi.

C'est pourquoi la directive 2014/104, du 26 novembre 2014, est venue consacrer la notion d'estimation du préjudice. Il semble alors que la volonté européenne ait été de s'éloigner du principe d'indemnisation intégrale semblant nécessiter, *a priori*, une certitude du préjudice réellement subi. Cependant, tel que l'indique le Professeur CARVAL²¹³⁰, une estimation du préjudice sera toujours plus proche du principe d'indemnisation intégrale (qui consiste à remettre les parties dans l'état qui serait le leur si la faute n'avait pas été commise) que le rejet de la demande de la victime au motif que son préjudice ne serait pas exactement calculable.

2125. Cass. crim., 9 février 1982, Bull. crim. n° 45 ; Cass. civ. 2^e, 1^{er} février 1995, Bull. civ. II, n° 42 ; RTD civ. 1995.626, obs. JOURDAIN ; JCP G 1995.I. 3893, obs. VINEY.

2126. Cass. crim. 8 février 1983, Bull. crim., n° 46 ;

À moins que cette somme compense parfaitement le préjudice subi : Cass. crim., 16 mai 1974, n° 73-91.139, Bull. crim., n° 178, D. 1974. 513, rapp. DAUVERGNE.

2127. Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, D. 1996. IR. 194.

2128. Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1996, Bull. civ. I, n° 365 ; Defrénois 1997, art. 36516, p. 342, note AUBERT.

2129. BÉLOT F., « L'évaluation du préjudice économique », Recueil Dalloz, n° 1681, 2008.

2130. CARVAL S., « L'estimation du montant des préjudices concurrentiels. Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile. », D. 2015, p. 1290.

Ainsi, les juges français en font parfois déjà l'emploi, sans même le dissimuler, en faisant appel à des experts dont la mission est de calculer aussi exactement que possible le *quantum* du préjudice subi²¹³¹.

En outre, cette expertise et l'estimation qui en découle pourront également être employées en droit de la consommation afin d'aider les requérants lors d'actions de groupes. L'exemple cité par M^{me} Carval est saisissant. En effet, si l'action de l'UFC QUE CHOISIR contre la société FONCIA ne pose aucune difficulté puisqu'il s'agit de demander le remboursement de paiements indus ; il serait particulièrement utile de recourir à l'expertise et à l'estimation lorsqu'une telle action de groupe sera menée contre par exemple un Fournisseur d'accès à Internet qui aurait failli dans sa mission de fourniture dudit accès pendant une période donnée. En effet dans un tel cas, s'il y avait coupure simple de l'accès un recours à un simple calcul au prorata du délai de la coupure serait possible, mais s'il s'agit d'une dégradation de l'accès sans réelle coupure, comment quantifier le préjudice subi par les usagers de ce service sans recourir à une estimation dont l'expert peut être garant d'un calcul scientifique ?

C'est pourquoi un expert est souvent désigné par le juge pour établir les éléments de fait qui permettront au juge d'apprécier le *quantum* du préjudice²¹³².

A L'expertise .

786 Le préjudice doit être entendu comme la différence entre une situation réelle : celle dans laquelle se trouve actuellement la victime, et une situation théorique : celle dans laquelle elle aurait dû se trouver si le fait dommageable n'avait pas été pratiqué.

Ainsi, tel que l'affirment NUSSENBAUM et PERRIN, « toute démarche d'évaluation du préjudice consistera à qualifier, à déterminer, puis à chiffrer cet écart. La comparaison entre la situation existante et la situation théorique se fera souvent en comparant les flux de dépenses et de recettes propres à chacune des situations »²¹³³.

787 Ainsi peut-il être affirmé, en matière de concurrence déloyale que la perte de clientèle ne peut être vue comme la seule manifestation d'un préjudice. En ce sens, le fait qu'une société connaisse une augmentation de son chiffre d'affaires ne pouvait suffire à exclure l'existence d'un préjudice matériel, préjudice qui découlait alors de « la diminution importante de la valeur patrimoniale » du savoir-faire de la société²¹³⁴.

788 Une difficulté particulière apparaît lorsque la société victime est une entreprise nouvelle

2131. CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 février 2014, n° 2010/18285, Doux Aliments Bretagne et autres c/ Ajimoto Eurolysine et autres ;

T. com. Paris, 15^e ch., 30 mars 2015, n° 2012/000109, DKT c/ Éco-Emballages et Valorplast.

Tous deux repris par S. CARVAL, *op. cit.*.

2132. BÉLOT F., « L'évaluation du préjudice économique », Recueil Dalloz, n° 1681, 2008.

2133. NUSSENBAUM M. et PERRIN A., « Comment évaluer un préjudice industriel et commercial ? », Option Finance, n° 690, 21 mai 2002, p. 31.

2134. AUGUET Y., « Actions en contrefaçon et en concurrence déloyale liées à l'usurpation frauduleuse du savoir-faire d'une entreprise concurrente », Recueil Dalloz, 2001, p. 1309 ; sous, CA Paris, 27 septembre 2000.

dont l'activité est récente, ou une société qui a choisi d'innover et pour laquelle donc, le recours à la situation antérieure est inconvenient²¹³⁵.

Il semble alors que dans une telle situation, tant le juge que l'expert n'auront pour autre solution que de se baser sur la théorie de la perte de chance²¹³⁶.

B Le « prix des larmes » .

789 Comme le rappelle le Professeur LE TOURNEAU, « outre qu'il est difficile d'établir avec certitude la réalité d'un préjudice, immatériel par nature, de nombreux esprits estiment qu'il est choquant de réparer le préjudice moral, de « battre monnaie avec ses larmes » ».

Cette réparation sera d'autant plus difficile à comprendre lorsqu'elle sera accordée à une association agissant dans l'intérêt collectif, ou plus généralement à une personne morale, et il semble alors que certaines variétés de dommages moraux ne devraient pas être applicables aux personnes morales²¹³⁷.

790 Ici alors, une institution venue d'outre-Atlantique semble pouvoir être particulièrement appropriée à la matière. En effet, les dommages-intérêts dits nominaux couvrent de l'autre côté de l'Atlantique deux types de situations²¹³⁸ : l'une où un droit a été atteint sans pour autant causer de préjudice réel²¹³⁹, et l'autre où un dommage a été causé, mais où le demandeur n'arrive pas à prouver son préjudice ou son montant²¹⁴⁰.

2135. BÉLOT F., « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », Recueil Dalloz, 2008, p. 1569.

2136. Voir *supra*, p. 463.

2137. ROCA C., « Fasc. 115 : Droit à réparation, Droit à réparation, divers dommages réparables : dommages à un groupement. », JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, 18 novembre 2014.

DREVEAU C., « Réflexions sur le préjudice collectif », RTD Civ. Dalloz, 2011, p. 249.

2138. ANDERSON R.E., ARSDALE B.J. VAN, GLENN J.A., INGWERSEN C.V., JACOBS A.J., LEVIN J.K., OAKES K. et SHAMPO J.J., « Damages », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, §8.

2139. *Roberson v. C.P. Allen Const. Co., Inc.*, 50 So. 3d 471 (Ala. Civ. App. 2010); *Kluge v. O'Gara*, 227 Cal. App. 2d 207, 38 Cal. Rptr. 607 (1st Dist. 1964); *Wasko v. Manella*, 87 Conn. App. 390, 865 A.2d 1223 (2005); *Lassitter v. International Union of Operating Engineers*, 349 So. 2d 622 (Fla. 1976); *King v. Brock*, 282 Ga. 56, 646 S.E.2d 206 (2007); *Western Union Telegraph Co. v. Guard*, 283 Ky. 187, 139 S.W.2d 722 (1940); *Baker v. Farrand*, 2011 ME 91, 26 A.3d 806 (Me. 2011); *Kleban v. Eghrari-Sabet*, 174 Md. App. 60, 920 A.2d 606 (2007); *Bumgart v. Bailey*, 247 Miss. 604, 156 So. 2d 823 (1963); *McClellan v. Highland Sales & Inv. Co.*, 484 S.W.2d 239 (Mo. 1972); *Hairston v. Atlantic Greyhound Corporation*, 220 N.C. 642, 18 S.E.2d 166 (1942); *MBM Financial Corp. v. Woodlands Operating Co., L.P.*, 292 S.W.3d 660 (Tex. 2009); *Brown v. Johnston*, 2004 WY 17, 85 P.3d 422 (Wyo. 2004).

2140. *Powell v. Ward*, 643 F.2d 924 (2d Cir. 1981); *Bains LLC v. Arco Products Co., Div. of Atlantic Richfield Co.*, 405 F.3d 764 (9th Cir. 2005); *Engineered Cooling Services, Inc. v. Star Service, Inc. of Mobile*, 108 So. 3d 1022 (Ala. Civ. App. 2012); *Zok v. State*, 903 P.2d 574 (Alaska 1995); *Kluge v. O'Gara*, 227 Cal. App. 2d 207, 38 Cal. Rptr. 607 (1st Dist. 1964); *Wasko v. Manella*, 87 Conn. App. 390, 865 A.2d 1223 (2005); *King v. Brock*, 282 Ga. 56, 646 S.E.2d 206 (2007); *Ferreira v. Honolulu Star-Bulletin, Limited*, 44 Haw. 567, 356 P.2d 651 (1960); *Baker v. Farrand*, 2011 ME 91, 26 A.3d 806 (Me. 2011); *McClellan v. Highland Sales & Inv. Co.*, 484 S.W.2d 239 (Mo. 1972); *Shearing v. City of Rochester*, 51 Misc. 2d 436, 273 N.Y.S.2d 464 (Sup. 1966); *Lacey v. Laird*, 166 Ohio St. 12, 1 Ohio Op. 2d 158, 139 N.E.2d 25 (1956); *MBM Financial Corp. v. Woodlands Operating Co., L.P.*, 292 S.W.3d 660 (Tex. 2009); *Gilmartin v. Stevens Inv. Co.*, 43 Wash. 2d 289, 261 P.2d 73 (1953), opinion adhered to on reh'g, 43 Wash. 2d 289, 266 P.2d 800 (1954).

Il faut cependant préciser que dans les cas où le préjudice est une composante nécessaire du *tort*, comme en cas de *deceit* par exemple, évidemment, seule la seconde situation est soutenable. Autrement dit, le *deceit* étant constitué lorsque la victime aura subi un préjudice, en cas d'absence de démonstration d'un préjudice, le recours à la notion de dommages-intérêts nominaux n'est pas possible²¹⁴¹. À l'inverse, le défaut de démonstration du *quantum* du préjudice sera couvert par la notion de dommages-intérêts nominaux²¹⁴².

Ici alors, la volonté n'est ni d'indemniser, ni de punir, il s'agit plutôt de qualifier juridiquement une situation de fait, et donc de déterminer les droits respectifs des parties. Autrement dit, il s'agit par le prononcé de dommages-intérêts nominaux de qualifier la victime de victime et l'auteur d'auteur, sans pour autant que la victime n'ait obligatoirement subi de préjudice, ni que l'auteur ait obligatoirement à être puni. Le jugement est alors déclaratoire de situation et constitue pour la victime un droit.

La logique alors poursuivie est alors similaire à celle de l'article L.121-4 du Code de la consommation qui prévoit la possibilité d'une publication de la condamnation. En effet, si cette réaction peut être vue comme une sanction, elle constitue également un moyen de réparer la désinformation créée.

Bien sûr, une partie du préjudice (s'il existe réellement) ne sera pas réparée par ce mécanisme, mais il convient de la considérer dans le calcul suivant de l'indemnisation due ou méritée selon le point de vue adopté.

791 Ces dommages-intérêts nominaux se rapprochent alors d'une part de la compensation à l'euro symbolique notamment pratiquée en Belgique²¹⁴³, et d'autre part, dans sa logique, de l'indemnisation du préjudice s'inférant nécessairement de l'acte de concurrence déloyale fut-il seulement moral. En ce sens, il a été jugé qu'une situation dans laquelle la victime échoue à prouver un préjudice réel ne s'oppose pas à l'allocation de dommages-intérêts nominaux relatifs à un préjudice émotionnel²¹⁴⁴.

Finalement, il s'agit de l'inverse des *contemptuous damages* par lesquels, bien que la victime ait techniquement gagné son action, il est jugé que celle-ci n'aurait pas dû être intentée. Il en résulte ainsi une indemnisation minimale, le plus souvent la plus petite coupure existante²¹⁴⁵. Ce dernier type de dommages-intérêts peut également être alloué lorsque les agissements de

2141. *Leisure Resort Technology, Inc. v. Trading Cove Associates*, 277 Conn. 21, 889 A.2d 785 (2006).

De la même manière, en matière de négligence, voir *Ponder v. Angel Animal Hospital, Inc.* 762 S.W.2d 846 Mo. App. [1988] ; cité par DOBBS D.B., *The law of torts*, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series), 1604 p., n° 166.

2142. *Anchorage Chrysler Center, Inc. v. DaimlerChrysler Motors Corp.*, 221 P.3d 977 (Alaska 2009) ; *Oates v. Glover*, 228 Ala. 656, 154 So. 786 (1934) ; *City of Chicago v. Michigan Beach Housing Co-op.*, 297 Ill. App. 3d 317, 231 Ill. Dec. 508, 696 N.E.2d 804 (1st Dist. 1998).

2143. COUSY H. et VANDERSPIKKEN A., « Belgium, Damages under Belgian Law », in ULRICH MAGNUS (dir.), *Unification of tort law : damages*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5).

2144. *Brady v. Fort Bend County*, 145 F.3d 691, 49 Fed. R. Evid. Serv. 1014 (5th Cir. 1998).

2145. Ainsi un Premier Ministre irlandais a-t-il obtenu un penny et a dû payer les coûts du journal qu'il poursuivait pour diffamation. *Reynolds v. Times Newspapers* [2001] 2 AC 127.

la victime ont été répréhensibles. Ainsi, dans l'affaire *Dering v. Uris*²¹⁴⁶, il était clair que la victime était coupable de crime de guerre, mais elle avait prouvé que certaines déclarations avaient été fausses. Alors, bien qu'elle ait gagné son action, le jury lui a octroyé un demi-penny.

792 Une telle réaction semble convenir davantage à la situation alors présente. En effet, une action en indemnisation ne doit avoir pour effet ni de sanctionner la victime ni de l'enrichir. Or, en présence de pratiques commerciales déloyales, le préjudice moral ne sera en réalité qu'une constatation de la déloyauté, dommageable pour la concurrence, mais ne créant pas de réel préjudice au consommateur²¹⁴⁷ à moins de conclusion d'un contrat dans quel cas le droit de la responsabilité civile contractuelle viendrait prendre le relais.

Ainsi, l'acceptation de l'indemnisation d'un préjudice purement moral semble aller dans le sens d'une sanction de la déloyauté ayant alors trois défauts, ne respectant pas l'objectif traditionnel de l'action en responsabilité civile délictuelle qui est de réparer tout le préjudice et rien que le préjudice²¹⁴⁸, d'enrichir la victime par la compensation d'un préjudice fictivement accordé par les juridictions, et enfin de ne pas assumer explicitement cette volonté de réaction forte.

793 Finalement, une entreprise peut, grâce à une approche dite *Law & Management*, prendre en considération la sanction pénale, qui selon le principe de légalité sera codifiée, et la sanction civile soumise au principe de réparation intégrale, pour choisir de s'appuyer ou non sur une pratique commerciale déloyale.

Autrement dit, si le risque de sanctions civile et pénale, et surtout le montant de ces dernières sera supérieur au gain qu'il peut espérer de la pratique, le professionnel sera moins tenté de l'opérer.

À l'inverse, si la sanction pénale accumulée à l'indemnisation représente pour lui un moindre coût, ces dernières ne bénéficieront pas d'un caractère dissuasif.

Ainsi, tel que l'affirme le Professeur VINEY, « ajouter à la réparation des dommages une condamnation à restituer le profit illicite paraît alors non seulement souhaitable, mais même nécessaire pour mettre obstacle à un tel calcul »²¹⁴⁹.

De la même manière, lorsque la faute n'aura pas été lucrative, mais le comportement particulièrement grave, une condamnation civile dépassant la simple indemnisation rendra à cette dernière le caractère non seulement dissuasif, mais aussi punitif qui lui ait aujourd'hui clandestinement accordé.

En effet, tel que l'affirme M^{me} CARVAL, « si la mise en oeuvre de la responsabilité personnelle permet de sanctionner la grande majorité des fautes commises dans l'exercice d'une activité (toute faute n'est pas génératrice d'un préjudice, mais il faut reconnaître que la plupart

2146. [1964] 2 QB 669.

2147. Ce sera principalement le cas des pratiques déloyales *stricto sensu* et des pratiques trompeuses, mais dans une moindre mesure des pratiques agressives.

2148. À moins d'accepter une patrimonialisation du préjudice moral, voir *supra*, n^{os} 718 sqq..

2149. VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », Recueil Dalloz, 2009, p. 2944.

le sont), elle le fait, cependant, de manière très incomplète, en ne tenant compte que d'un aspect de la faute de concurrence - son caractère dommageable - à l'exclusion de son caractère lucratif. Cette excessive rigidité de la condamnation à dommages et intérêts dessert l'efficacité du droit de la responsabilité dans de nombreux domaines [...] combler la perte subie par les victimes de l'acte déloyal est une opération nécessaire, mais non suffisante ; il faut, de plus, faire perdre au fautif l'avance acquise illégalement sur ses concurrents. Or, ceci ne peut être fait qu'en le condamnant à restituer ses gains illégitimes ou à rendre compte des économies injustifiées qu'il a réalisées. Toutes choses que ne permet pas d'accomplir la mise en oeuvre d'une responsabilité civile orthodoxe... »²¹⁵⁰.

794 Bien sûr, comme l'indiquent les opposants aux dommages-intérêts non compensatoires, une telle sanction serait contraire au principe de réparation intégrale, mais encore une fois comme l'indique très justement Geneviève VINEY, « les « principes » juridiques sont faits pour servir la justice et non l'inverse »²¹⁵¹.

Il semble alors en réalité que les régimes devraient être différents selon que l'objectif soit de confisquer le profit, ou de punir une faute particulièrement grave.

2150. CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris : L.G.D.J., 1995 (Bibliothèque de droit privé, t. 250), 417 p. ; cité par, BÉLOT F., « L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1569.

2151. VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *op. cit.*

Section 2 L'absorption des gains.

795 Il convient tout d'abord ici de distinguer la notion dont il est question du mécanisme connu en France qu'est l'enrichissement sans cause, quasi-contrat, reposant alors sur l'article 1371 du Code civil. En effet, une action pour enrichissement sans cause, aussi dite *de in rem verso*, ne connaît qu'une possibilité de succès subordonnée au constat par les magistrats de trois éléments : un enrichissement au détriment d'autrui, ce qui serait le cas de l'espèce ; une absence de cause créatrice de cet enrichissement ; et enfin, l'absence de toute autre action, contractuelle ou extracontractuelle, permettant à l'appauvri d'obtenir ce qui lui est dû²¹⁵². Ces conditions sont d'ailleurs reprises dans le chapitre consacré à l'enrichissement injustifié figurant aux articles 1303 à 1303-4 du projet d'ordonnance soutenu par la Chancellerie.

Ce régime s'est alors très largement éloigné de la volonté marquée des magistrats dans l'arrêt *Boudier* de 1892²¹⁵³ de supprimer tous les enrichissements injustes faisant alors glisser la notion de l'enrichissement injuste vers l'enrichissement sans cause²¹⁵⁴.

796 Lorsqu'il est question d'absorption de gains, il est question d'aller plus loin que la simple indemnisation, mais moins loin que la réelle punition civile. Ainsi le *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment*, dispose-t-il en sa première section qu'une « personne qui s'enrichit injustement au détriment d'une autre est sujette à responsabilité en restitution ».

Il s'agit alors tout d'abord de distinguer le droit de la restitution de celui de l'enrichissement injuste. En effet, l'enrichissement injuste est un évènement légal auquel la loi répond par une obligation de restitution.

L'affaire pouvant être considérée comme la source du droit moderne de la restitution pour enrichissement injuste est l'arrêt *Moses v. Macferlan* dans lequel Lord WRIGHT, faisant découler cette obligation d'une justice naturelle, considérait qu'il s'agissait de prévenir la rétention d'argent ou de tout bénéfice réalisé à l'encontre d'un autre qui serait contraire à la conscience, précisant en outre qu'il s'agit d'une obligation qui ne découle ni du droit contractuel ni du droit délictuel, mais de celui des quasi-contrats ou plus simplement du droit de la restitution²¹⁵⁵.

Or, cette même réponse peut être apportée pour d'autres évènements légaux tels que les délits civils ou les contrats.

797 En d'autres termes, alors que le droit de la restitution (pour faute) est limité aux enrichissements fautifs, celui de l'enrichissement injuste n'impose pas de faute de la part du bénéficiaire

2152. ROMANI A.M., « Enrichissement sans cause », in Répertoire de droit civil, [s.l.] : Dalloz, mars 2013.
Mais également, Cass. Civ., 12 mai 1914 : S. 1918, I, 41, note NAQUET.

2153. *Boudier c. Patureau-Mirand* (affaire dite « du marchand d'engrais » : Cass. Req. 15 juin 1892, GAJC, t. 2, 12^e éd., n° 239 ; DP 1892. 1. 596 ; S. 1893. 1. 281, note LABBÉ.

2154. TERRÉ F., LEQUETTE Y. et *Simler Ph.*, Droit civil les obligations, Paris : Dalloz, 2013.

2155. *Moses v. Macferlan* (1776) 2 Burr. 1005, 1012 ; 97 ER 976, 981 ; cité par VIRGO G., Principles of the law of restitution., Oxford : Oxford University Press, 1999, p.7 : « It is clear that any civilised system of law is bound to provide remedies for cases of what has been called unjust enrichment or unjust benefit, that is to prevent a man from retaining the money of or some benefit derived from another which it is against conscience that he should keep. Such remedies in English law are generically different from remedies in contract or tort, and are recognised to fall within a third category of the common law which has been called quasi-contract or restitution ».

de l'enrichissement. Ainsi Francesco GIGLIO illustre-t-il en affirmant que si l'on paie par erreur deux fois une dette, il est impossible de recouvrir le paiement en trop sur le fondement de la restitution pour faute si le bénéficiaire n'a pas commis de faute, mais qu'une telle restitution sera possible sur le fondement de l'enrichissement injuste²¹⁵⁶.

Encore autrement dit, il convient de distinguer l'enrichissement injuste comme cause d'action de l'enrichissement (injustement) causé par une faute devant, sous certaines conditions retenues par les droits anglo-américains, être restitué.

798 Concernant les dommages-intérêts restitutoires pour *tort*, la reconnaissance de ces derniers revient aux raisonnements tenus par de Lord DENNING dès 1952²¹⁵⁷.

C'est ainsi que dans l'affaire *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, la Chambre des Lords a accepté de baser l'obligation de restitution sur le principe général d'enrichissement injuste au détriment d'autrui²¹⁵⁸.

Il semble cependant que le caractère de détriment puisse être nuancé. En Effet, le Professeur CANE affirme que « le gain fait « au détriment » d'autrui, n'engendre pas obligatoirement de perte financière pour cette autre personne »²¹⁵⁹. Il semblerait alors plus correct d'affirmer que l'enrichissement injuste serait réalisé de manière parasitaire. La notion s'éloignerait alors davantage de celle d'enrichissement sans cause supposant un appauvrissement de la victime. Cela étant, un enrichissement ne sera au détriment d'une personne que s'il a été fait de manière contraire aux intérêts protégés par la loi. Ainsi, l'enrichissement grâce à l'utilisation d'un droit de propriété pourra être injuste si l'utilisation de ce dernier est illégale. Il est alors rattaché à cette propriété la propriété intellectuelle de laquelle naissent notamment les *torts* de violation de ces droits ou de *passing off*²¹⁶⁰.

Ici alors, la restitution, même si elle ne se soucie pas du *quantum* de la perte subie par la victime, considère qu'il y a perte à partir du moment où un droit de cette dernière a été violé.

Deux situations sont donc ici distinctes, soit la victime a subi une perte dans quel cas la restitution doit correspondre à cette perte : la restitution équivaldra alors à une réparation ; soit la victime n'aura pas subi de perte mais l'acte aura été illégal et dans quel cas la restitution équivaldra alors davantage à une confiscation du profit réalisé²¹⁶¹.

2156. GIGLIO F., *The Foundations of restitution for wrongs*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub, 2007, 246 p., p.15.

2157. *Strand Electric and Engineering Co. Ltd. v. Brisford Entertainments Ltd* [1952] 2 QB 246 ;

Penarth Dock Engineering Co. Ltd. v. Pounds [1963] 1Lloyds Rep. 359 ;

EDELMAN J., *Gain-based damages : contract, tort, equity, and intellectual property*, Oxford ; Portland, Or. : Hart, 2002, 279 p., p.124 sqq..

2158. *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* [1991] 2 AC 548. Cité par CANE P., *Tort law and economic interests*, 2nd ed, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1996, 518 p., employant la notion d'*unjust enrichment* pouvant alors être comparée à la notion française d'enrichissement sans cause.

2159. Traduction libre de CANE P., *Tort law and economic interests*, 2nd ed, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1996, 518 p., p.295.

2160. Pour une application au tort de *Passing off*, voir not. *Lever v. Goodwin* [1887] 36 ChD 1 ;

My Kinda Town Ltd. v. Soll [1982] FSR 147.

2161. La notion alors utilisée étant *disgorgement*, v. en ce sens not. Cane P., *Tort law and economic interests*, op. cit..

Trois écoles font face à cette notion d'enrichissement injuste²¹⁶², selon la première : la *quadrature theory*, « le droit de la restitution et le principe contre l'enrichissement injuste sont les deux faces d'une même pièce »²¹⁶³, et un enrichissement sera injuste parce qu'il aura atteint la victime soit par un processus de soustraction, soit par une action déloyale de l'auteur²¹⁶⁴. La seconde école se dissocie de celle de la *quadrature*, par ce fait qu'elle vise davantage à confisquer plutôt qu'à restituer le dommage découlant de l'enrichissement injuste sans soustraction subie par la victime²¹⁶⁵. Enfin la dernière école rejette complètement l'idée d'enrichissement injuste sans perte de la part de la victime.

799 Il n'en demeure pas moins que l'enrichissement injuste conserve la part la plus importante des cas de restitutions²¹⁶⁶. Cela s'explique par le caractère malléable de la notion qu'il désigne, laquelle ne pouvant pas être précisément définie. Une telle plasticité rend ce concept particulièrement apte à considérer de nouvelles situations.

Deux remarques seront cependant apportées.

En effet, il doit être précisé d'une part que lorsqu'il est question d'enrichissement injuste il est question de justice corrective et non distributive, il s'agit alors de se placer dans une situation entre deux parties corrélativement situées.

Et d'autre part, une différence se trouve en droit contractuel où l'annulation emporte restitution, mais où le recours à la notion d'enrichissement injuste ne sera pas toujours possible. En effet, lorsqu'un consentement aura été vicié, ce dernier sera susceptible de nullité entraînant un retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire une restitution synallagmatique des choses transférées conformément aux obligations contractuelles. Autrement dit, la réalisation d'un bénéfice médiate ne sera pas une condition d'une telle restitution.

La question se pose alors de savoir ce qu'il est censé advenir du bénéfice pouvant découler de l'exécution des obligations contractuelles. Dans de tels cas, le droit américain suppose selon le *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment* qu'un retour à la théorie originale de l'enrichissement injuste soit opéré²¹⁶⁷.

Cela étant, tout bénéfice non prévu par le contrat ne doit évidemment pas être considéré comme un enrichissement injuste, et le contractant ne pourra obtenir restitution du bénéfice que

2162. Voir en ce sens, HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Pub., 2010, 323 p., p. 177 sqq..

2163. Traduction libre de BURROWS A.S., *The law of restitution*, 2nd ed, Croydon : Butterworths LexisNexis, 2002, 639 p., p. 5 sqq. cité par HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, op. cit..

2164. Le terme alors utilisé étant *wrongdoing*, il ne s'agit pas d'un délit au sens criminel, ni même d'un *tort* mais d'une action malicieuse.

2165. Les auteurs de cette école utilisent par préférence le terme de *disgorgement* plutôt que celui de *restitution*.

2166. DOBBS D.B., *Law of remedies : damages, equity, restitution*, 2nd ed, St. Paul, Minn : West Pub. Co, 1993 (Hornbook series), 972 p. §4.1(2).

2167. *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment* §13, commentaire e.

lorsque ce dernier aura été injuste, ou autrement dit lorsqu'il serait injuste pour le bénéficiaire de retenir ce bénéfice²¹⁶⁸.

800 Il reste alors à savoir ce qui est injuste. En effet, si la restitution des gains réalisés lors de la commission d'un délit semble aisément justifiable qu'en est-il lors d'autres situations ?

Dans son *Restatement*, BURROWS propose qu'un enrichissement soit considéré comme injuste : lorsque le consentement de la victime de l'enrichissement est absent ou vicié : ce sera notamment le cas lors d'erreur, de violence, d'influence injustifiée, d'abus de faiblesse, ou d'incapacité de la victime ; mais aussi lorsque, bien que la victime ait consenti à l'enrichissement de l'auteur, il reste une raison de considérer l'enrichissement comme étant injuste, et il s'agira notamment ici de raisons légalement fixées liant alors l'enrichissement injuste à l'enrichissement fautif²¹⁶⁹.

La difficulté avec ce raisonnement est qu'il repose sur la notion de consentement, ce qui impose de se situer dans une relation contractuelle qui ne sera possible qu'entre l'auteur des pratiques commerciales déloyales et le consommateur victime, mais impossible vis-à-vis du concurrent loyal.

Il pourra cependant être considéré que dans une situation extracontractuelle, il n'y aura par définition aucun échange de consentement entre la victime et l'auteur des pratiques.

801 Les concurrents à un tel régime de responsabilité évoquent que, s'il y a restitution des gains réalisés grâce à une pratique fautive, il y aurait un risque d'enrichissement injustifié de la victime qui en matière de concurrence serait d'autant plus regrettable que ce dernier offrirait *in fine* à la victime un avantage concurrentiel injustifié²¹⁷⁰.

En effet, si le désavantage frappant l'auteur de la pratique pouvait se trouver justifié, il n'en est pas de même pour l'avantage qui pourrait être créé au profit de la victime et au détriment d'autres concurrents loyaux²¹⁷¹.

802 Cela étant, lorsque le gain a été réalisé au seul détriment de l'entreprise concurrente, ce reproche peut être relativisé, car déjà aujourd'hui, l'indemnisation se fait *damnum emergens* mais également et surtout *lucrum cessans*. Or, ce gain réalisé au détriment de la victime pourrait servir de base à la détermination du gain manqué par la victime.

Cependant, lorsque le gain réalisé n'est pas le résultat exclusif du dommage causé à l'entreprise victime, ce qui sera obligatoirement le cas en l'espèce puisque la directive vient agir contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, celles qui

2168. Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment, §2 ;

Citant : *Ghirardo v. Antonioli*, 14 Cal.4th 39, 51, 57 Cal.Rptr,2d 687, 924 P.2d 996, 1003 (1996).

2169. BURROWS A. S., A restatement of the English law of unjust enrichment, First edition, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2012, 197 p., §3, p.30 sqq..

2170. BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », LPA, n° 232, 20 novembre 2002, p. 36.

2171. Voir en ce sens not., AUGUET Y., « Actions en contrefaçon et en concurrence déloyale liées à l'usurpation frauduleuse du savoir-faire d'une entreprise concurrente », Recueil Dalloz, 2001, p. 1309.

portent donc directement atteinte aux intérêts des consommateurs, mais qui ne peuvent qu'insidieusement porter atteinte à ceux des entreprises concurrentes, il serait possible de réserver une partie des dommages et intérêts à un fonds public²¹⁷².

En effet, la reconnaissance de la défense basée sur le transfert du préjudice du demandeur sur un tiers (ou *passing on*) pose certaines difficultés. Ainsi, si la Cour suprême du Canada²¹⁷³, ou encore la CJUE²¹⁷⁴ ont reconnu ce moyen de défense, d'autres juridictions telles que la *High Court of Australia* l'ont rejeté²¹⁷⁵.

Il convient notamment ici de citer un arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre affirmant que le fait d'avoir répercuté les pertes subies sur un tiers n'est pas une limitation à l'action en restitution pour enrichissement injuste²¹⁷⁶. La Cour explique sa position par deux arguments : d'une part, la restitution est basée sur les bénéfices réalisés par l'auteur et non sur les pertes subies par la victime, alors si le fait de transférer ses pertes aurait été pertinent face à une réaction se basant sur ces pertes, elle n'a aucune raison d'être face à une réaction se basant sur les gains de l'auteur. Et d'autre part, le fait que le bénéfice réalisé le soit au détriment de la victime ne nécessite pas que cette dernière subisse une perte, mais plutôt que le bénéfice trouve sa source dans cette dernière²¹⁷⁷.

803 En outre, il importe de préciser, que la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007, qui est venue transposer la directive européenne n° 2004/48/CE du 29 avril 2004 en matière de contrefaçon inclue explicitement à la restitution le profit illicitement réalisé²¹⁷⁸.

2172. CARVAL S., La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, Paris : L.G.D.J., 1995 (Bibliothèque de droit privé, t. 250), 417 p.

2173. *Air Canada v. British Columbia* (1989) 59 DLR (4th) 161, 193-194.

2174. CJUE, 9 novembre 1983, *Administration des finances de l'État italien contre SpA San Giorgio*, aff. 199/82, rec. 1983 03595.

2175. *Mason v. New South Wales* (1959) 102 CLR 108 ; *Commissioner of State Revenue v. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994) 126 ALR 1.

2176. *Kleinwort Benson Ltd. v. Birmingham City Council* [1997] QB 380.

2177. VIRGO G., *Principles of the law of restitution.*, Oxford : Oxford University Press, 1999, p.735 sq..

2178. CPI, art. L.331-1-3 en matière de propriété littéraire et artistique : « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :

1° **Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;**

2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;

3° **Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits**, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts **une somme forfaitaire**. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ».

Les articles L.521-7 en matière de dessins et modèles, L.615-7 concernant les brevets, et L.716-14 concernant les marques suivant la même rédaction.

Il importe alors de préciser que cette nouvelle prise en considération ne doit pas mener le lecteur à croire que le préjudice sera toujours égal au montant des bénéfices réalisés, mais que ce dernier sera utilisé et facilitera la preuve d'un préjudice²¹⁷⁹.

Le droit français, et plus largement européen, rejoint alors par cette disposition le droit américain considérant qu'il sera possible pour la victime d'une atteinte à ses droits de propriété intellectuelle et similaires, de demander soit l'indemnisation de son préjudice soit la restitution des bénéfices injustement réalisés par le biais de cette utilisation frauduleuse²¹⁸⁰.

En effet, selon une décision déjà rendue outre-Atlantique sur la base de droits statutaires, la similitude entre l'indemnisation sur le fondement de la restitution et le préjudice prouvé n'est pas nécessaire. Ainsi, le contrefacteur ne doit pas s'attendre à payer le même prix qu'il aurait payé s'il avait négocié avec le propriétaire des droits²¹⁸¹, sans quoi, il n'aurait aucune raison d'obéir au droit de la propriété intellectuelle²¹⁸².

Il y a alors en droit américain comme en droit anglais, un rejet de la fiction du caractère compensatoire des dommages-intérêts devant être alloués dans de tels cas²¹⁸³.

- 804** Allant plus loin, toujours selon cette loi française, l'indemnisation pourra être supérieure aux bénéfices, la loi semblant vouloir faire émerger pour les juges la possibilité de prononcer des dommages-intérêts punitifs, fixés grâce à un forfait supérieur « au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte »²¹⁸⁴.

2179. BINCTIN N., « La preuve et l'évaluation du préjudice », Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2010, étude 7.

2180. Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment, §42, commentaire d.

2181. *A contrario* en Angleterre, le juge HOBHOUSE considérait en 1986 que des *royalties* raisonnables pouvaient constituer des dommages-intérêts compensatoires, qui du fait de ce caractère compensatoire, devaient être identiques au montant sur lequel « les parties se seraient accordées si elles avaient été contraintes à négocier », *Rickless v. United Artists* [1986] FSR 502, 524 ; confirmé par [1988] QB 40 (CA) ; et maintenue par HOBHOUSE en 2001 devant la Chambre des Lords dans *Attorney General v. Blake* [2001] 1 AC 268 (HL), mais rejeté depuis cette solution ; voir not. les développements de Lord NICHOLLS qui considèrent qu'ils doivent revêtir un caractère restitutoire.

2182. *Taylor v. Meirick*, 712 F.2d 1112 (7th Cir. 1983) ; *Iowa State Univ. Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Cos.*, 475 F.Supp. 78 (S.D.N.Y 1979).

2183. Voir not. *Vermont Microsystems Inc. v. Autodesk Inc.* 88 F 3d 142 (1996 2nd Cir. CA).

Ou de la même manière en matière de *passing off*, *Sands, Taylor & Wood v. Quaker Oats Co.* 34 F.3d 1340 (7th Cir, 1994)

2184. Voir not. AZZI T., « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon. », Dossier 700, 35 s, 2008, p. 708 sq. ;

BINCTIN N., « La preuve et l'évaluation du préjudice », Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2010, étude 7.

CARON C., « La loi du 29 octobre 2007 dite « de lutte contre la contrefaçon » », Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2007, étude 30 ;

CHALTIEL F., « Les avancées de la lutte contre la contrefaçon : la loi du 29 octobre 2007 », Contrats Concurrency Consommation n° 1, Janvier 2008, étude 1 ;

HENRY G., « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », Communication Commerce électronique n° 1, Janvier 2009, étude 2.

La loi relative à la contrefaçon nie alors de deux manières le principe de réparation intégrale, d'une part par le recours à un forfait, et d'autre part, par l'ignorance de la notion de préjudice au profit de celle de bénéfice.

805 Quant au législateur espagnol, il a, à de nombreuses reprises, accepté d'intégrer au système d'indemnisation un mécanisme d'absorption des gains découlant d'une faute²¹⁸⁵. Une telle intégration s'applique alors notamment en matière de protection du droit à l'honneur, de la vie privée, et du droit à l'image²¹⁸⁶; en matière de droit des brevets²¹⁸⁷; ou encore de droit des marques²¹⁸⁸; enfin, à l'inverse, la Loi de concurrence déloyale se réfère à l'enrichissement injuste²¹⁸⁹.

806 En outre, il convient de rappeler que la jurisprudence de l'Union européenne affirme de manière constante qu'elle « ne fait pas obstacle » à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique de l'Union européenne n'entraîne pas un enrichissement sans cause de ses ayants droit²¹⁹⁰.

Il en découle *a contrario* que les États peuvent tout aussi bien accepter un enrichissement de la victime du fait de l'indemnisation de la faute par l'auteur.

807 Finalement, l'article 54 du rapport TERRÉ²¹⁹¹, énonce que « lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance responsabilité ».

2185. En ce sens, voir les développements de REGLERO CAMPOS L.F. (dir.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2a. ed, Cizur Menor, Navarra : Thomson/Aranzadi, 2003 (Colección Monografías Aranzadi, 220), 2022 p., n^{os} 61 et 62.

2186. *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, art. 9.2.d. tel que modifié par la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

2187. *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes*, art. 66.2.a tel que modifié par la *Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios*.

2188. *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas*, art. 43.2.a, tel que modifié par la *Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios*.

2189. *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*, art. 32.1.6, tel que modifié par la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*.

2190. Voir not. CJUE, 4 novembre 1979, *Ireks-Arkady GmbH contre Conseil et Commission des Communautés européennes*, aff. 238/78, rec. 1979 02955, point 14;

CJUE, 27 février 1980, *Hans Just I/S contre Ministère danois des impôts et accises*, aff. 68/79, rec. 1980 00501, point 26.

CJUE, 21 septembre 2000, *Kapniki Michailidis AE contre Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)*, aff. C-441/98 et C-442/98, rec. 2000 I-07145, point 31.

2191. TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), 224 p., p.199 sqq..

Cet article propose donc l'institution de dommages-intérêts dits « restitutoires » en ce sens qu'ils visent à restituer à la victime le profit réalisé par l'auteur. Ils ne sont donc ni punitifs puisque ne sanctionnent pas l'auteur à payer plus que ce qu'il a gagné²¹⁹² ni simplement confiscatoires puisqu'ils ne se contentent pas de les récupérer, mais les allouent à la victime.

Il semble cependant que deux remarques puissent être faites, d'une part, par l'interdiction expresse de la couverture de la somme excédant les dommages-intérêts compensatoires, les rédacteurs du rapport reconnaissent implicitement le caractère punitif de tels dommages-intérêts. En effet, s'ils n'avaient que pour objectif d'indemniser la victime, l'assurance d'une telle indemnisation serait acceptable, ce n'est que parce qu'une telle indemnisation suppose un caractère moralisateur que l'assurance est prohibée.

Et d'autre part, la combinaison d'une telle indemnisation avec le principe d'indemnisation intégrale est impossible, il serait alors préférable de recourir à une notion de dommages-intérêts confiscatoires plutôt que restitutoires.

Une telle indemnisation irait dans le sens d'une application plus loyale du droit de la responsabilité civile délictuelle. L'auteur serait sanctionné et privé des profits réalisés et la victime ne serait pas enrichie du seul fait d'une telle action. En effet, il s'agirait, par une mutation des propositions de l'avant-projet CATALA, et du rapport TERRÉ, de permettre aux juges de fixer le *quantum* des dommages-intérêts en considération du profit réalisé, et d'en transférer la partie correspondant à la perte subie ou aux gains manqués par la victime à cette dernière et le surplus à un fonds public s'occupant de la protection de intérêts en jeu ou au Trésor public.

En effet, à l'instar du droit anglo-américain, il convient de distinguer les dommages-intérêts accordés à fin de *restitution* de ceux qui le sont à fin de *disgorgement*²¹⁹³. Alors que les premiers ont pour objectif de renverser l'enrichissement que l'auteur aurait obtenu aux dépens de la victime, les seconds s'étendent à tous les gains réalisés grâce à la cause de l'action que ces derniers soient au détriment ou non de la victime²¹⁹⁴.

De la même manière, le DCFR propose que quand cela est raisonnable, il soit possible de récupérer le bénéfice réalisé par l'auteur de la faute au moyen de cette dernière²¹⁹⁵.

Cette indemnisation ne devant en outre pas être confondue avec la restitution des enrichissements injustifiés du livre VII.

808 Cette prise en considération des bénéfices réalisés par le fautif est largement employée dans d'autres systèmes de droit.

2192. REMY-CORLAY P., « De la réparation », in FRANÇOIS TERRÉ (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), p. 191 sqq..

2193. *Sempra Metals Ltd. v. IRC* [2007] UKHL 34, [2008] 1 AC 561 [32].

2194. LODDER A. V. M., *Enrichment in the law of unjust enrichment and restitution*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub, 2012 (Hart studies in private law, vol. 3), 248 p..

2195. Study Group on a European Civil Code et Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p., VI.-6 :101.

En effet, même si la compensation a longtemps été étudiée comme la première fonction de l'indemnisation pour *tort*, et que l'absorption des gains et la punition nécessitaient une justification spéciale, ce point de vue n'était pas universel²¹⁹⁶.

Ainsi en est-il des *restitutionary damages* situés dans l'idée d'une justice corrective. En effet, une telle justice entend les dommages-intérêts comme le moyen de défaire l'injustice²¹⁹⁷. Le Professeur COLEMAN parle, pour sa part, de conception annulatrice de la justice correctrice²¹⁹⁸ en ce sens qu'elle a pour objectif d'annuler les pertes illégales ou injustes²¹⁹⁹.

Il s'agit alors de se demander, d'une part si les deux parties que sont la victime et l'auteur sont corrélativement situées, c'est-à-dire de savoir si la victime est bien celle des agissements de l'auteur et l'auteur est bien celui des agissements dommageables à la victime. Cette corrélation doit alors se retrouver dans les gains et pertes des parties. En effet, WEINRIB²²⁰⁰ classe les gains et pertes sous deux types. Tout d'abord les gains et pertes matériels qui résident en la différence entre la situation matérielle des parties avant la commission du *tort* et celle qui est la leur après ; et ensuite, les gains et pertes normatifs qui prennent en considération la situation qui aurait dû être celle de la victime ou de l'auteur si le *tort* n'avait pas été commis²²⁰¹.

Ainsi, pour que les situations des parties soient corrélées, il est nécessaire que les gains et pertes soient de la même sorte (matériel ou normatif).

La réponse affirmative à cette question entraînant une relation de créateur à débiteur entre les deux parties.

Il en ressort alors que l'enrichissement ne doit pas être analysé comme une notion unitaire, celui-ci pouvant être compris comme la valeur du bénéfice reçu ou comme le changement dans la situation légale de l'auteur²²⁰². Autrement dit, il peut être considéré qu'une personne se sera enrichie lorsqu'elle se sera soit enrichie dans les faits, soit pourvue d'un droit ou allégée d'un devoir. Dès lors, deux remarques doivent être faites ;

- Parmi les enrichissements de fait, il importe de préciser que cette notion peut encore être divisée. Il s'agira alors tout d'abord de l'enrichissement positif, le bénéfice, mais aussi de l'enrichissement négatif qu'est l'évitement de dépenses.

2196. CANE P., *Tort law and economic interests*, 2nd ed, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1996, 518 p., p. 302 sqq..

2197. WEINRIB E.J., « Restitutionary damages as corrective justice », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, 2000, p. 1-37.

2198. *Annulment conception of corrective justice*.

2199. COLEMAN J.L., « The mixed conception of corrective justice », *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, p. 427-444.

2200. WEINRIB E.J., « The gains and losses of corrective justice », *Duke Law Journal*, vol. 44, 1994, p. 277-297.

2201. WEINRIB précise toutefois que l'on ne peut pas dire ce que constitue un gain ou une perte matériel sans situer le gain ou la perte dans un schéma normatif (ou légal).

2202. LODDER A. V. M., *Enrichment in the law of unjust enrichment and restitution*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub, 2012 (Hart studies in private law, vol. 3), 248 p. Chap.1 ;

CHAMBERS R., « Two kinds of enrichment », in R. Chambers, C. Mitchell et J.E. Penner (dirs.), *Philosophical foundations of the law of unjust enrichment*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p. 242-278.

La situation classique est alors celle de l'affaire *Phillips v. Homfray*²²⁰³ où le défendeur avait utilisé sans autorisation du propriétaire du terrain un passage situé sur ce dernier et ce faisant avait économisé une somme correspondant au droit de passage. Un quasi-contrat était alors créé par les juges permettant au propriétaire du terrain d'obtenir la somme qu'il aurait perçue si le passage avait été obtenu à la suite de négociations entre les parties.

Parallèlement, l'Allemagne apporte un cas où après dissolution volontaire d'un contrat et restitution des contreparties synallagmatiques, l'une des parties avait réclamé un remboursement pour l'utilisation d'une caution. En effet cette caution avait été utilisée pour payer un crédit et ainsi éviter l'imposition d'intérêts, le bénéficiaire de cette caution avait donc évité des dépenses qui sans cette dernière n'auraient pas été possibles, c'est pourquoi la BGH avait affirmé que ces sommes devaient être restituées²²⁰⁴.

Il est dès lors possible, *mutatis mutandis*, de considérer que si l'auteur de pratiques commerciales déloyales évite par ses démarches d'être soumis à des dépenses (not. de recherches et développement), au détriment d'un concurrent loyal, les sommes correspondant à ces dernières devront être restituées à la victime²²⁰⁵.

- Parmi les enrichissements par le biais d'obtention d'un droit, peuvent être considérées les obtentions de droits contractuels²²⁰⁶, donc si une personne avait obtenu un droit contractuel par l'usurpation du droit d'autrui, ce droit contractuel devrait revenir à la personne qui était censée pouvoir l'exercer. Par exemple, si un concurrent déloyal, contracte avec un consommateur en se faisant passer pour un autre concurrent loyal, violant un de ses droits de la personnalité, les droits contractuels ainsi conférés devraient revenir au détenteur loyal. En d'autres termes, il s'agirait en quelque sorte de rectifier un contrat par subrogation des parties. La difficulté est alors qu'il serait nécessaire pour le concurrent loyal d'exécuter sa partie du contrat afin que le consommateur obtienne enfin ce pour quoi il s'est engagé. Deux solutions seraient alors possibles, soit, le concurrent loyal peut respecter cet engagement et la substitution permet d'une part une confiscation de l'enrichissement de l'auteur et d'autre part une satisfaction du contrat. Soit, le concurrent loyal ne peut pas respecter cet engagement, dans quel cas, la nullité du contrat devra être déclarée, mais l'objectif de confiscation sera réalisé.

Il sera également possible de se situer à côté de la relation contractuelle. En effet, lorsqu'un contrat aura été conclu entre un consommateur et un concurrent déloyal, et que l'enrichissement factuel de ce concurrent aura été réalisé au détriment d'un concurrent loyal, celui-ci pourra demander restitution du gain réalisé par l'auteur de la pratique.

2203. [1883] 24 Ch. D.

2204. BGH, 6 mars 1998, BGHZ 138, p. 160. Cité par BEATSON J. et SCHRAGE E. J. H. (dirs.), *Unjustified enrichment*, Oxford ; Portland, Or : Hart Pub, 2003 (Casebooks on the common law of Europe), 585 p., n° 3.3.2.B.

2205. À l'inverse, cette restitution ne sera pas possible lorsque les économies seront réalisées sur la base d'informations données par une autorité (lors d'une demande de licence). BGH, 9 mars 1989, BGHZ 107, p.117. Cité par BEATSON J. et SCHRAGE E. J. H. (dirs.), *Unjustified enrichment*, op. cit., n° 4.3.2.

2206. *Criterion Properties plc v. Stratford UK Properties LLC* [2004] UKHL 28, [2004] 1 WLR 1846 [27].

Cependant, une telle déclaration s'oppose nécessairement au principe de libre concurrence. En effet, ce dernier impose la légalité de l'imposition d'un préjudice concurrentiel. Autrement dit, dans une situation de concurrence libre, il est normal qu'un agent s'enrichisse au détriment d'un autre ; il s'agit alors que l'application de l'adage selon lequel la clientèle est à qui sait la prendre. Cependant, cette liberté doit être exercée dans les limites fixées d'une part par la loi et d'autre part par la loyauté. Or, cette loyauté impose une égalité concurrentielle ne pouvant être atteinte que par l'obtention d'avantages concurrentiels loyalement gagnés. Il est alors possible d'affirmer que l'atteinte aux avantages concurrentiels d'un concurrent loyal, notamment par l'emploi de pratiques parasitaires, impose une restitution des gains réalisés par son biais. Le raisonnement s'approche alors grandement de celui qui avait été opéré en 1994 par l'État du Mississippi où avait été lancée une action en équité pour remboursement des gains réalisés par la société BIG TOBACCO grâce aux dépenses faites par l'État liées aux maladies causées par le tabac²²⁰⁷. Un accord fut trouvé entre l'État et la société qui s'engagea à restituer à ce titre une somme de 3,3 milliards de dollars, mais qui fut ensuite poursuivie par quarante-cinq autres États se fondant sur le même mécanisme et ce fut finalement un accord général de 206 milliards de dollars qui fut conclu²²⁰⁸.

De la même manière, la perte pourra être légale ou factuelle, mais comme l'indique EDELMAN, pour être qualifiée, elle devra être d'une part indésirée, et d'autre part objectivement évaluable²²⁰⁹.

809 Ensuite, il s'agit de savoir si l'action menée par la victime à bien pour objectif de libérer un droit injustement atteint par l'auteur.

Si la réponse à ces deux questions est affirmative, l'indemnisation doit venir effacer l'injustice. Il s'agit alors de défaire autant qu'il est possible, le préjudice qui a été créé par l'injustice. Ainsi, la nature du droit atteint devra déterminer la nature de l'indemnisation possible. Les dommages-intérêts représentant la monétisation de l'injustice causée.

Cela étant, comme l'idée de justice ici considérée se situe dans la relation entre deux personnes, elle doit en principe faire face à la perte subie d'une part et au gain réalisé d'autre part. Or, les *restitutionary damages*, ne se basent que sur le gain réalisé et ne peuvent donc de ce fait, pas être considérés comme conformes aux principes de justice corrective.

C'est pourquoi cette vision alors notamment défendue par COLEMAN a été abandonnée par ce dernier, et de nombreux philosophes du droit ont tenté de justifier ces mécanismes.

2207. Sous la réglementation *Medicaid*.

2208. CHAMBERS R., MITCHELL C. et PENNER J.E. (dirs.), *Philosophical foundations of the law of unjust enrichment*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, 446 p., p.131 sq..

2209. EDELMAN J., « The meaning of loss and enrichment », in R. CHAMBERS, C. MITCHELL et J.E. PENNER (dirs.), *Philosophical foundations of the law of unjust enrichment*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p. 211-241.

Ainsi, Lord GOFF et Gareth JONES affirmaient que « s'il peut être démontré que l'auteur a réalisé un bénéfice et que ce bénéfice n'aurait pas été gagné sans la réalisation du *tort*, il doit lui en être demandé restitution »²²¹⁰.

Ce principe, bien que lumineux dans sa simplicité n'a pourtant pas été souhaité par les Cours qui ont refusé de l'appliquer.

810 BIRKS quant à lui considère que l'indemnisation basée sur les gains réalisés devrait être possible dans trois situations. Tout d'abord lorsque l'auteur aura délibérément agi de manière illégale dans le but de s'enrichir ; celle où le devoir violé aura justement été imposé dans le but d'éviter un enrichissement de l'auteur, pourraient alors être considérés notamment le parasitisme ou plus encore les droits de propriété intellectuelle et industrielle ; et enfin les cas où l'indemnisation basée sur les gains serait une mesure préventive de certains enrichissements ou dommages²²¹¹.

811 EDELMAN²²¹² distingue deux types d'indemnisations basées sur le gain réalisé, les *restitutionary damages* qui supposent un transfert de richesses, et les *disgorgement damages* qui s'affranchissent de ce transfert de richesse. Et alors que les *restitutionary damages* reviennent en une application aristotélicienne de la justice, les *disgorgement damages* sont présents afin de protéger une institution. La loyauté apparaîtrait alors comme une candidate de premier choix pour l'imposition de tels dommages-intérêts. En effet, il s'agit d'une institution qui, dans le monde des affaires, se doit d'être protégée et dont la violation sera le plus souvent réalisée pour briser l'égalité concurrentielle des acteurs économiques permettant à l'auteur de réaliser un profit au détriment de son concurrent et/ou des consommateurs.

L'état actuel du droit accepte d'imposer une restitution du gain soit lorsque l'auteur aura exploité la propriété de la victime sans son consentement, soit de manière plus restrictive lorsqu'il aura été à la poursuite de ces gains. Il y aurait alors deux justifications à une telle solution, la protection d'intérêts particuliers tels que la propriété, ou la dissuasion et l'expression de la désapprobation de certaines conduites²²¹³.

En ce sens, il convient de préciser par exemple que les droits anglo-américains reconnaissent tant aux personnes physiques qu'aux entreprises²²¹⁴ un droit à la réputation²²¹⁵ qui consiste en un droit à ne pas être diffamé. Ainsi, la diffamation sera un usage non autorisé d'un droit exclu-

2210. Traduction libre de GOFF OF CHIEVELEY LORD R. et JONES G.H., *The law of restitution*, London : Sweet & Maxwell, 1998 ; cité par WEINRIB E.J., « Restitutionary damages as corrective justice », *Theoretical Inquiries in Law*, n° 1, 2000, p. 1-37.

2211. BIRKS P., *An introduction to the law of restitution*, Oxford [Oxfordshire] : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1985, 455 p..

2212. EDELMAN J., *Gain-based damages : contract, tort, equity, and intellectual property*, Oxford ; Portland, Or : Hart, 2002, 279 p..

2213. CANE P., *Tort law and economic interests*, op. cit.

2214. *South Hetton Coal Co. Ltd. v. North-Eastern News Association Ltd.* [1894] 1 QB 133 (CA).

2215. *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* [2001] 2 AC 127 (HL) 186, 206, 215.

sif qui ouvre la possibilité de responsabilité dont l'indemnisation sera basée sur les bénéfices réalisés²²¹⁶.

Or, d'une part, la concurrence est en France une liberté fondamentale, il convient alors de considérer que cet intérêt doit être particulièrement protégé, et d'autre part, la démonstration de la déloyauté permet souvent de laisser apparaître une faute de la part de l'auteur, ainsi en est-il notamment lorsque la responsabilité pour fait de concurrence déloyale vient se substituer à la responsabilité pour faute. Il apparaît alors que la matière qui occupe cette directive, c'est-à-dire la loyauté au profit des consommateurs, des concurrents et donc *in fine* du marché et de la concurrence doit être analysée à la fois comme une valeur particulièrement protégée, mais aussi comme une norme de conduite à laquelle toute dérogation doit être désapprouvée.

Ici alors, la théorie de la concurrence déloyale viendrait encore se mêler à celle de la propriété intellectuelle et industrielle par son caractère subsidiaire. Et il serait possible d'appliquer, *mutatis mutandis*, le raisonnement retenu par le droit de la propriété intellectuelle lors de cas de création de confusions avec la propriété du concurrent-victime. Cette possibilité a d'ailleurs déjà été évoquée lorsqu'un concurrent avait fait passer ses restaurants pour ceux d'une ligne concurrente²²¹⁷.

812 À l'inverse, HARDMAN considère qu'en cas de *deceit*, il ne convient pas de baser l'indemnisation sur les gains réalisés par l'auteur. En effet, le seul droit dont bénéficie la victime d'une telle pratique sera le droit de ne pas être trompé ou plus précisément de ne pas être trompé de manière illégale. Or, si le droit de ne pas être soumis à des conduites illégales engageait la possibilité de baser les dommages-intérêts sur le gain réalisé, tous les comportements illégaux permettraient une telle indemnisation. Il convient cependant de préciser qu'une telle réticence s'explique du fait de l'institution utilisée. En effet, les droits anglo-américains sont soumis au régime des *torts* qui reposent sur des comportements illégaux en ce sens qu'ils sont définis par la loi. À l'inverse dans un système tel que le système français reposant sur la notion générale de faute, il serait cohérent qu'une faute particulièrement grave, car constituée d'un délit ou d'un crime, permette une indemnisation renforcée par la prise en compte des bénéfices réalisés.

Cependant, il reste vrai qu'un tel élargissement ne serait pas nécessaire en cas de *deceit*, où l'indemnisation compensatrice, cumulée à l'annulation et éventuellement à un recours pour enrichissement injuste entraînerait le même effet.

2216. HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Pub., 2010, 323 p..

2217. *My Kinda Town v. Soll and Grunts Investments* [1982] F.S.R. 147, où la responsabilité a cependant été infirmée en appel [1983] R.P.C. 407.

Section 3 La punition.

813 Le principe d'une indemnisation intégrale impose que seul le préjudice soit indemnisé, il en résulte qu'en droit français les dommages-intérêts punitifs ou simplement exemplaires sont rejetés. De la même manière, la Cour de cassation belge affirme que le montant de l'indemnisation fixé par les juges ne doit pas l'être à un tel niveau que celle-ci serait transformée en indemnisation punitive²²¹⁸. Quant au droit espagnol, qui reconnaît également le principe d'indemnisation intégrale, il a démontré une volonté d'intégrer la notion de punition au sein du système d'indemnisation. En effet, le décret royal du 20 juin 1994 a ajouté à la loi de sécurité sociale un article 123 augmentant l'indemnisation due en fonction de la faute commise par l'employeur²²¹⁹.

814 De même, sur fond de loyauté, la Cour de cassation a su créer au moins un mécanisme de sanction de la pratique déloyale. En effet, statuant sur un cas de loterie publicitaire, la chambre mixte de la Haute juridiction ne s'est reposée ni sur l'enrichissement, ni sur l'appauvrissement, mais sur l'espoir d'un gain pour créer une nouvelle catégorie de quasi-contrat²²²⁰.

Elle a donc reproché à l'auteur de la pratique de ne pas avoir fait apparaître l'aléa auquel était soumis le gain et donc transféré ce gain, qui était certain pour la victime, à cette dernière²²²¹. Il importera dès lors aux juges du fond de rechercher si l'aléa était apparent, à première lecture, dans chacun des courriers annonçant un gain²²²².

Mais cette position, bien que reprise par la suite²²²³, semble incohérente.

2218. Be. Cass., 10 octobre 1972, [1973] Arresten van Het Hof van Cassatie 146. Cité par COUSY H. et VANDERSPIKKEN A., « Belgium, Damages under Belgian Law », in ULRICH MAGNUS (dir.), *Unification of tort law : damages*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5).

2219. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, art. 123 : « *Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador* ».

2220. Ayant pu être qualifié d'enrichissement manqué : MALINVAUD PH., LASZLO-FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris : LexisNexis, 2014.

Voir aussi : TOURNEAU PH. LE, *Responsabilité des vendeurs et fabricants 2015/2016*, 5^e éd., Paris, France : Dalloz, Avril 2015 (Dalloz Référence), n° 31.24.

2221. Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002 : JCP 2002, II, 10173 2^e esp., note REIFEGESTE ; JCP E 2002, 1687, note VINEY ; CCC 2002, comm. 151, 2^e esp., note RAYMOND ; D. 2002, 2963, note MAZEAUD.

2222. Cass. CIV. 1^{re}, 6 février 2013, 12-10.251, 87, Inédit, JurisData : 2013-001773 ; Cass. Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, 12-16.647, 561, JurisData : 2013-010989.

2223. Cass. Civ. 1^{re}, 18 mars 2003, Bull. civ. 2003, I, n° 85, p. 64 ; D. 2003, 1009 ; JCP 2003, IV, 1876 ; CCC 2003, comm. 100, obs. RAYMOND ; Refrénois 2003, art. 37810, obs. LIBCHABER ; CA Montpellier, 18 octobre 2005 : CCC 2006, comm. 56, obs. RAYMOND ; CA Paris, 28 novembre 2013, n° 10/17538, SAS Senior et Compagnie Bleu Bonheur c/ Yves M. : JurisData n° 2013-028046, CCC 2014, comm. 82, obs. RAYMOND.

Ou encore Cass. Civ. 1, 19 mars 2015, (13-27.414), ECLI :FR :CCASS :2015 :C100305.

En effet, les juridictions viennent ici sanctionner une pratique commerciale pouvant être qualifiée de déloyale par la création d'une fiction juridique qu'est le quasi-contrat.

D'autant plus que la chambre mixte avait, en même temps qu'elle créait cette nouvelle catégorie de quasi-contrat, refusé d'indemniser le consommateur non crédule qui souhaitait une indemnisation du fait de la même pratique ²²²⁴.

Doit-on y voir une volonté de récompenser la crédulité ?

En tout état de cause, il est regrettable qu'il ait été considéré que celui qui se fondait sur sa crédulité pouvait obtenir un enrichissement basé sur cette dernière alors que celui qui, de bonne foi, ne se basait que sur la déloyauté de cette pratique, ce qui est pourtant le cœur de la réglementation, se trouvait débouté.

La solution récente de la première chambre civile de la Cour de cassation est alors plus cohérente faisant naître le quasi-contrat de l'annonce d'un gain « à personne dénommée sans mettre en évidence, à première lecture, l'existence d'un aléa ». Ici, la crédulité n'est alors pas considérée pour que le quasi-contrat soit créé. Ainsi, le fondement, ne reposant pas sur les mécanismes de la responsabilité pour faute et ne nécessitant pas de préjudice, semble approprié à l'imposition d'une sanction. Cependant, il est regrettable qu'il soit nécessaire de passer par la création d'une fiction juridique alors que la consécration de dommages-intérêts extra compensatoires permettrait d'arriver au même résultat sans l'emploi de fiction ²²²⁵. De la même manière, il pourrait être considéré qu'il s'agissait là en réalité d'un engagement unilatéral pouvant être soumis au régime des articles 1101 et 1103 du Code civil ²²²⁶.

815 Plus critiquable encore est la solution se plaçant sur le fondement de la responsabilité pour faute et exprimant que « le fait que le destinataire ne pouvait que penser qu'il était le véritable attributaire du chèque constitue un préjudice qui est évalué à la hauteur du montant du gain espéré » ²²²⁷. Doit-on à ce point récompenser la crédulité lorsque cette dernière n'a engagé le consommateur dans aucune perte ?

Il serait dès lors nécessaire d'accepter et d'officialiser la fonction punitive de l'action en responsabilité civile délictuelle. Ainsi, une pratique de loterie publicitaire, interdite par l'article L.122-11-1, 8° ²²²⁸ du Code de la consommation pourrait être sanctionnée ; plaçant le consommateur visé au sein du système économique, dans lequel il est pour l'instant limité à se positionner au bout de la chaîne de consommation, agissant à la fois pour sa protection, mais également pour celle du marché.

816 En ce sens, l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de

2224. Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002 : JCP 2002, II, 10173 1^{re} esp., note REIFEGESTE ; CCC 2002, comm. 151, 1^{re} esp., note RAYMOND.

2225. *A contrario*, pour une étude de la légitimité de l'utilisation du quasi-contrat : voir TOURNEAU PH. LE, Responsabilité des vendeurs et fabricants 2015/2016, 5^e éd., Paris, France : Dalloz, Avril 2015 (Dalloz Référence), n° 31.25.

2226. CA Aix-en-Provence, 10 février 2004, n° 02/09 040 ; CA Reims, 16 décembre 2004, n° 03/02 205.

2227. CA Poitiers, 10 février 2004, n° 00/00012.

2228. Reprenant la pratique n° 31 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE.

la prescription, dit rapport CATALA, du 22 septembre 2005, propose que « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative [puisse] être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge [aurait] la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts [devrait] être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne [seraient] pas assurables ».

Cet avant-projet proposerait donc d'intégrer au droit de la responsabilité civile délictuelle la possibilité pour le juge d'octroyer des dommages-intérêts non compensatoires. Cela étant, il est remarquable qu'il ne soit en réalité question que de dommages-intérêts punitifs et qu'en ce sens la simple confiscation du gain ne soit pas évoquée.

Il serait alors question ici de punir et non pas d'annihiler le gain réalisé. En effet, il semble que la confiscation doit être distinguée de la punition, même s'il est vrai que ces deux notions sont proches, et que la seconde peut tendre à englober la première, le système confiscatoire serait moins attentatoire aux principes traditionnels de la réparation.

En effet, comme il l'a été indiqué auparavant, la responsabilité délictuelle repose sur le principe de réparation intégrale, lequel est censé remettre la victime dans la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise. Dit autrement, il ne doit résulter pour elle de cette action, ni gain ni perte. Or, l'intégration de dommages-intérêts punitifs aurait en principe comme résultat de faire payer à l'auteur davantage que ce qu'il aurait gagné. Or, si ce gain réalisé peut être assimilé au gain manqué par la victime, il en est autrement pour ce qui irait au-delà.

Cependant, l'avant-projet précise que le juge aurait la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. Ainsi, cette heureuse précision permet d'éviter les risques d'enrichissement injustifiés de la victime. Cet article irait alors dans le sens d'un renforcement de l'action publique par les agents économiques privés²²²⁹. Il semble cependant que dans une telle optique, la réservation d'une partie des dommages-intérêts au Trésor public ne devrait pas être qu'une simple faculté, mais une obligation, faute de quoi le travers de l'enrichissement de la victime serait trop présent.

- 817** Parallèlement, il est intéressant de relever que dans un arrêt récent relatif à une demande d'*exequatur*, la Cour de cassation a estimé que « le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public »²²³⁰, précisant toutefois qu'il en était autrement, « lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi [...] », ce qui était le cas en l'espèce.

2229. Ou *Private enforcement*.

2230. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010, n° 09-13.303 : JCP G 2011, 140, note JUVÉNAL ; D. 2011, p.423, note LICARI ;

Voir aussi analyse de PH. STOFFEL-MUNCK in BLOCH C. et STOFFEL-MUNCK P., « Responsabilité civile », La Semaine Juridique Édition Générale n° 15, 11 avril 2011, 435.

Par cet arrêt, elle casse donc la décision rendue par la Cour d'appel de Poitiers²²³¹, qui considérait que le montant des dommages-intérêts punitifs dépassait la perte subie et le gain manqué ; qu'il était manifestement disproportionné et permettait un enrichissement sans cause de la victime ; et était donc contraire à l'ordre public international. Cette décision s'inscrit en outre dans un processus long, car la Cour d'appel était déjà saisie sur renvoi après l'arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 2007²²³².

Le fondement de la décision peut *a priori* sembler étrange. En effet, pour refuser l'*exequatur*, la Cour se fonde sur le principe de proportionnalité des peines. Or, ce principe pénal²²³³ est en l'occurrence appliqué à la matière civile, mais elle se satisfait d'une décision déjà rendue qui non satisfaite d'intégrer le principe de proportionnalité à l'ordre public l'étendait aux fonctions civiles²²³⁴.

Or, la position de la France n'est pas isolée²²³⁵. En effet, la CEDH, en matière de protection de la propriété et des biens, a affirmé qu'il « doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété »²²³⁶.

De la même manière, le considérant 32 du règlement Rome II précise que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'État membre de la juridiction saisie »²²³⁷.

Il paraît alors que la matière pénale ne doit plus être vue comme devant nécessairement relever de la procédure pénale.

818 Il convient alors de se référer aux systèmes ayant déjà employé les dommages et intérêts punitifs, et parmi eux, trois Pays se distinguent : les Cours des États-Unis d'Amérique emploient parfois ce qu'il est convenu d'appeler *punitive damages* ou *exemplary damages*²²³⁸. Cette nation à une vision très libérale des dommages-intérêts punitifs et il arrive souvent que cette application soit utilisée pour démontrer la démesure d'une telle réaction. Il convient cependant de noter que

2231. CA Poitiers, 26 février 2009.

2232. Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, n° 05-20.473 : JurisData n° 2007-038917.

2233. Issu de l'article 8 de la DDHC de 1789 : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

2234. Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2009, n° 07-11.729, Martel : JurisData n° 2009-046749 ; JCP G 2009, act.80, obs. CORNUT ; cité par WESTER-OUISS V., « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2011, étude 5.

2235. WESTER-OUISS V., « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », op. cit.

2236. CEDH, 20 novembre 1995, *Precios compania Naviera c/ Belgique*, série A, n° 332,§38 ; CEDH, 27 novembre 2007, *Hamer c/ Belgique* : D. 2008, p.884, note MARGUÉNAUD.

2237. Règlement CE n° 864/2007, du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), consid. 32.

2238. Ces dommages-intérêts sont reconnus dans tous les États des États-Unis sauf la Louisiane, le Massachusetts, le Nebraska, le New Hampshire, et l'État de Washington.

si les sommes allouées en première instance sont en effet souvent excessives, celles-ci sont le plus souvent réduites en appel, la Cour suprême des États-Unis ayant d'ailleurs encouragé ces dernières à contrôler les verdicts des jurys à cette fin, suggérant que des dommages-intérêts punitifs excessifs pourraient être inconstitutionnels²²³⁹.

À l'opposé de cette application *a priori* la plus libérale se trouve le droit anglais qui, pour des raisons de politique, limite le recours à un tel type de réaction civile.

Enfin, le droit canadien se situe entre ces deux derniers²²⁴⁰. Il refuse de se limiter aux cas prévus par l'arrêt *Rooges*²²⁴¹, mais n'accepte pas de considérer lors de l'allocation les victimes tierces au procès, ce qui est d'autant plus fréquent en matière de consommation. Ainsi, si l'affaire *BMW contre Gore* précédemment citée avait pour objet clair de décourager l'auteur de poursuivre ses pratiques commerciales consistant à ne pas informer ses acheteurs des éventuels endommagements et réparations subis par les véhicules vendus, un tel objectif ne serait pas poursuivi au Canada.

Il en découle alors que si le Canada n'a pas souhaité limiter la possibilité de telles réactions aux cas prévus en droit anglais, une telle allocation doit cependant rester exceptionnelle.

Cela étant, la *common law*, d'où il est généralement considéré que les dommages-intérêts punitifs sont issus, et donc Droit à partir duquel ils sont offerts²²⁴², offre un cadre particulièrement ouvert à de tels dommages-intérêts et il n'y a pas de règles particulières au sujet de leur montant. Il ne sera en effet ici pas question des *multiplied damages* édictés par certains droits statutaires qui seront considérés comme un sous-ensemble de dommages-intérêts punitifs, et ce, même si sous certains statuts ces derniers ne reçoivent pas de reconnaissance d'un caractère punitif²²⁴³. C'est pourquoi les Cours ont essayé de dégager un système de détermination de ces montants²²⁴⁴ ou de limitation de leur application²²⁴⁵. Ainsi, certaines juridictions considèrent

2239. *BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 US 559 [1996]

2240. CASSELS J. et ADJIN-TETTEY E.A., *Remedies : the law of damages*, 2nd éd., Toronto : Irwin Law, 2008 (Essential of Canadian Law), 531 p., p.286-302.

2241. *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 SCR 1085, 1098-1099.

2242. *Klam v. Koppel*, 63 Idaho 171, 118 P.2d 729 (1941); *Russell v. Taylor*, 37 N.C. App. 520, 246 S.E.2d 569 (1978).

A contrario, *Micro Data Base Systems, Inc. v. Dharma Systems, Inc.*, 148 F.3d 649, 35 U.C.C. Rep. Serv. 2d 747 (7th Cir. 1998).

2243. DOBBS D.B., *Law of remedies : damages, equity, restitution*, 2nd ed, St. Paul, Minn : West Pub. Co, 1993 (Hornbook series), 972 p., §3.12.

Comp. DOBBS D.B., *Law of remedies : damages, equity, restitution*, 2nd ed, St. Paul, Minn : West Pub. Co, 1993 (Hornbook series), 972 p., p.359.

2244. Montants devant considérer les préjudices infligés, ceux qui étaient possibles et celui nécessaire à la dissuasion du comportement. Il s'agit alors d'une estimation nécessairement factuelle.

Tanner v. Ebbrole, 88 So. 3d 856 (Ala. Civ. App. 2011); *Airey v. Remmele*, 38 Misc. 3d 420, 953 N.Y.S.2d 822 (Sup 2012); *Perrine v. E.I. du Pont de Nemours and Co.*, 225 W. Va. 482, 694 S.E.2d 815 (2010); *Tanner v. Ebbrole*, 88 So. 3d 856 (Ala. Civ. App. 2011); *Weinstein v. Prudential Property and Cas. Ins. Co.*, 149 Idaho 299, 233 P.3d 1221 (2010); *Perrine v. E.I. du Pont de Nemours and Co.*, 225 W. Va. 482, 694 S.E.2d 815 (2010); *Smith v. Miliken*, 247 Ga. 369, 276 S.E.2d 35 (1981).

2245. ANDERSON R.E., ARSDALE B.J. VAN, GLENN J.A., INGWERSEN C.V., JACOBS A.J., LEVIN J.K., OAKES K. et SHAMPO J.J., « Damages », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, §563.

qu'ils ne sont applicables que dans les cas considérés par les statuts²²⁴⁶, et que ces droits statutaires peuvent donc avec la plus grande discrétion aménager leur application ou même les supprimer de leur arsenal juridique²²⁴⁷.

En outre, les principaux facteurs devant être considérés seront la répréhensibilité de la conduite de l'auteur, la puissance de ce dernier, la profitabilité de cette conduite, les coûts de procédure, l'addition de toutes les réactions civiles et pénales contre l'auteur, et le ratio entre le préjudice causé ou potentiellement causé par la conduite de l'auteur et les pertes subies par la victime²²⁴⁸.

Le droit américain, bien que s'étant développé parallèlement à la *common law*, se rapproche en réalité beaucoup de ce dernier.

Il convient tout d'abord de rappeler qu'il est possible de trouver des traces de cette doctrine anglo-américaine moderne dans des solutions de la *Court of Common Pleas* datant de 1763 reconnaissant la possibilité d'allouer des dommages-intérêts « pour plus que le préjudice subi »²²⁴⁹

En outre, la *common law*, et le droit anglais sont ici largement issus de l'arrêt *Rookes*²²⁵⁰. Selon ce dernier, et plus précisément, selon les développements de Lord DEVLIN, plusieurs facteurs doivent être considérés lors de l'allocation de dommages-intérêts punitifs.

Tout d'abord, le demandeur doit être une victime de l'acte de l'auteur²²⁵¹, ensuite, l'allocation doit suivre un principe de modération et l'allocation doit être le minimum nécessaire à la punition et à la dissuasion. De la même manière, les moyens de l'auteur doivent eux aussi être considérés. En effet, si lors d'une indemnisation traditionnelle ces derniers n'étaient pas pertinents, en cas de punitions il en devient tout autrement. Ainsi, la fixation de dommages-intérêts punitifs peut heurter de manière très dure une personne et au contraire être risible du point de vue d'une entreprise²²⁵². Il est alors nécessaire que cette différence de moyens soit considérée afin de ne pas écraser un auteur sous le poids d'une punition, mais aussi, et surtout,

2246. *Romero v. Clarendon America Ins. Co.*, 54 So. 3d 789 (La. Ct. App. 3d Cir. 2010), writ denied, 62 So. 3d 96 (La. 2011); *Haddad v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 455 Mass. 91, 914 N.E.2d 59 (2009); *Broughton Lumber Co. v. BNSF Ry. Co.*, 174 Wash. 2d 619, 278 P.3d 173 (2012); *Micro Data Base Systems, Inc. v. Dharma Systems, Inc.*, 148 F.3d 649, 35 U.C.C. Rep. Serv. 2d 747 (7th Cir. 1998).

2247. *Cheatham v. Pohle*, 789 N.E.2d 467 (Ind. 2003).

2248. *Labonte v. Hutchins & Wheeler*, 424 Mass. 813, 678 N.E.2d 853 [1997]; *Garnes v. Fleming Landfill, Inc.*, 186 W.Va. 656, 413 S.E.2d 897 [1991]; cités par DOBBS D.B., *The law of torts*, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series), 1604 p. n° 382.

2249. *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489, 498 (K.B. 1763), cité par LAYCOCK D., *Modern American remedies : cases and materials*, 4th ed, New York : Aspen Publishers, 2010, 1062 p., p.217.

2250. *Rookes v. Barnard* [1964] 1 All ER 367, 411.

2251. En effet, même aux États-Unis, l'allocation de dommages-intérêts punitifs ne sera possible que si l'allocation de dommages-intérêts compensatoires ou du moins nominaux est possible.

En ce sens, ANDERSON R.E., ARSDALE B.J. VAN, GLENN J.A., INGWERSEN C.V., JACOBS A.J., LEVIN J.K., OAKES K. et SHAMPO J.J., « Damages », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, §570;

Et not. *Maxwell v. Gallagher*, 709 A.2d 100 (D.C. 1998); ou encore *Martin v. Glass*, 84 So. 3d 131 (Ala. Civ. App. 2011).

2252. Traduction libre de *John v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1997] QB 586, 625.

afin de préserver le caractère dissuasif et punitif d'une telle allocation envers les auteurs les plus fortunés.

Ensuite, l'allocation de dommages-intérêts punitifs sera possible si et seulement si, le montant d'une indemnisation traditionnelle²²⁵³ ne serait pas suffisante à sa punition et à la dissuasion d'une réitération de la pratique. Il est alors bien question de punition distinguant alors l'indemnisation punitive de celle qui ne serait qu'aggravée²²⁵⁴.

De la même manière, les sanctions criminelles ou autres ayant déjà été imposées à l'auteur doivent être considérées. Il y aurait alors application de l'adage *non bis in idem* réservant aux dommages-intérêts punitifs une place subsidiaire²²⁵⁵.

Ainsi, Lord DELVIN précisait que les dommages-intérêts exemplaires devaient être prononcés lorsque « la conduite de l'auteur a été calculée pour réaliser un profit qui pouvait excéder la compensation due à la victime ... et ainsi enseigner à ce dernier que le délit ne paie pas »²²⁵⁶.

Ainsi, deux conditions peuvent et ont été soulevées pour l'octroi de tels dommages-intérêts²²⁵⁷. Tout d'abord, il est nécessaire qu'au moment de la publication, l'auteur sût qu'il était en train de commettre un *tort*, ou sans se soucier du fait qu'il s'agissait d'un *tort*, décidait d'agir, car l'avantage attendu était supérieur aux pertes matérielles probables. Ensuite, l'auteur doit agir après calcul²²⁵⁸ en espérant un gain matériel. L'agissement commercial n'est dès lors pas suffisant, il est nécessaire que se soit construite une stratégie permettant à l'auteur de s'assurer de bénéficier de son action. C'est d'ailleurs cette stratégie qui impose que l'allocation de tels

2253. Ou la somme des indemnisations traditionnelles, si la pratique a multiplié les victimes : *Riches v. News Group Newspapers* [1986] QB 256, 288.

2254. Voir not. *Isaac v. Chief Constable of the West Midlands Police* [2001] EWCA Civ. 1405.

2255. Par rapport à l'emprisonnement, *Archer v. Brown* [1985] QB 401, 423 ; l'amende, *AB v. South West Water Services Ltd.* [1993] QB 507 ; des mesures confiscatoires, *Borders (UK) Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2005] EWCA Civ. 197 ; ou encore des mesures disciplinaires, *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1998] QB 4998, 518.

WILCOX V., « Punitive damages in England », in H. KOZIOL et V. WILCOX (dirs.), *Punitive damages : common law and civil law perspectives*, New York : Springer, 2009 (Tort and insurance law, vol. 25, 1616-8623) n^{os} 52-58.

2256. *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129, 1126 : « [exemplary damages may be awarded in cases where,] the defendant's conduct has been calculated to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff ... Where a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's right has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity. This category is not confined to moneymaking in the strict sense. It extends to cases in which the defendant is seeking to gain at the expense of the plaintiff some object-perhaps some property which he covets-which either he could not obtain at all or not obtain except at a price greater than he wants to put down. Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay » : Lord DELVIN, cité par CANE P., *Tort law and economic interests*, 2nd ed, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1996, 518 p., p.300.

Voir aussi plus récemment, *John v. Mirror Group Newspapers* [1997] QB 586.

2257. *Riches v. News Group Newspapers* [1986] QB 256.

2258. Même si le calcul ne doit pas forcément être mathématique ou issu d'un procédé de balance. Voir not. *Broome v. Cassell* [1972] AC 1027, 1094 ;

Riches v. News Group Newspapers Ltd [1986] QB 256 (CA) ;

John v. Mirror Group Newspapers Ltd [1996] 3 WLR 593.

Cités par DEAKIN S.F., JOHNSTON A.C. et MARKESINIS B.S., *Markesinis and Deakin Tort Law*, op. cit..

dommages-intérêts soit soumise à la condition que les dommages-intérêts compensatoires ne soient pas suffisants à la punition de l'auteur.

Cette stratégie ne se construira pas uniquement d'un point de vue monétaire. Ainsi, le calcul pourra être retenu contre celui qui aura pensé que la victime n'agirait pas parce qu'elle n'en avait pas les moyens financiers ou parce qu'elle était physiquement ou d'une autre manière intimidée²²⁵⁹. Or, une telle conception convient particulièrement à l'objet de la présente étude. En effet, très souvent, lorsque des pratiques commerciales déloyales sont opérées, les agents économiques espèrent que la victime n'agira pas, soit parce qu'elle sera impressionnée, soit parce que le montant de sa perte personnelle sera tellement réduit qu'il ne lui serait pas profitable d'agir.

Cette nature calculée semble enfin *a priori* être une barrière à l'imposition de tels dommages-intérêts lors de pratiques négligentes²²⁶⁰. Ainsi, lorsque le test de la cause de l'action était encore appliqué, la négligence n'était pas soumise à un tel type de réaction²²⁶¹. Mais, l'arrêt *Kuddus*²²⁶² a, semble-t-il, ouvert la porte à une telle indemnisation, s'associant alors à d'autres décisions prises sous la *common law*²²⁶³.

Finalement, ces décisions doivent être considérées comme la règle, la proposition de la LC247 et notamment celle prévoyant la satisfaction d'un test complémentaire d'après lequel il s'agirait de savoir si la négligence était en outre effectuée de manière délibérée et outrageusement sans attention aux droits de la victime, ayant été rejetées²²⁶⁴.

Ce sont alors des dommages-intérêts qui vont au-delà du préjudice subi par la victime, mais également du gain réalisé par l'auteur de la pratique, et bien que le terme *punitive damages* soit celui recommandé par la *Law Commission for England and Wales*, les Cours, notamment la Chambre des Lords, et la doctrine semblent lui préférer le terme d'*exemplary damages*.

Ce caractère exemplaire plus que punitif a poussé les juristes américains à les renommer, et il a donc pu être possible de trouver sous la plume de certains d'entre eux le caractère punitif remplacé par « augmenté », « extra compensatoire », « supra-compensatoire », « sociétal », ...²²⁶⁵

2259. Lord HAILSHAM dans *Broome v. Cassell* [1972] AC 1027.

2260. WILCOX V., « Punitive damages in England », in H. KOZIOL et V. WILCOX (dirs.), *Punitive damages : common law and civil law perspectives*, New York : Springer, 2009 (Tort and insurance law, vol. 25, 1616-8623). n^{os} 34-35.

2261. *Kralj v. McGrath* [1986] 1 All ER 54.

2262. *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122.

2263. Voir not. :

Coloca v. BP Australia Ltd. [1992] (A. Torts Rep.) 81-153 en Australie ;

McLaren Transport Ltd. v. Somerville [1996] 3 NZLR 424 en Nouvelle Zélande ;

ou encore la décision du *Privy Council* du Royaume-Uni *A v. Bottrill* [2002] UKPC 44.

2264. The Law Commission, Item 2 of Sixth Programme of Law Reform : Damages. Aggravated, exemplary and restitutionary damages (LC247), UK : [s.n.], 11 septembre 1997.

2265. HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Pub., 2010, 323 p., p. 264 sqq..

Ainsi, l'allocation de dommages-intérêts exemplaires a pu avoir pour objectif de corriger la sous-compensation : notamment en permettant d'indemniser les préjudices extrapatrimoniaux²²⁶⁶. Or, sous cette théorie, une telle allocation n'est plus liée au comportement de l'auteur et c'est certainement ce qui a empêché sa réussite.

En ce sens, Lord DEVLIN, statuant dans l'affaire *Rookes v. Barnard*²²⁶⁷, après avoir affirmé que « l'objet des dommages-intérêts exemplaires est de punir et de dissuader [...] ce qui confond les fonctions civiles et pénales du droit », précisait que la Chambre des Lords ne pouvait « sans totalement ignorer la jurisprudence passée ainsi que le droit statutaire, refuser de reconnaître le principe exemplaire. Qu'ensuite, dans un certain nombre d'affaires, la prononciation de dommages-intérêts exemplaires peut servir l'objectif de garantir la force du droit et ainsi permettre une justification pratique de l'admission dans le droit civil de principe qui devrait en principe rester dans la sphère pénale »²²⁶⁸.

819 Toujours selon Lord DEVLIN, trois catégories de cas acceptent le prononcé de dommages-intérêts exemplaires, les premiers sont ceux d'actes oppressifs, arbitraires ou inconstitutionnels provenant d'agents du gouvernement. Les deuxièmes, ceux qui nous intéressent ici, sont ceux dans lesquels la conduite de l'auteur a été calculée pour réaliser un profit qui excéderait la compensation payable à la victime. Enfin, bien sûr, seront prononcés des dommages-intérêts punitifs dans tous les cas prévus par les droits statutaires.

Il convient cependant de préciser que ce test consistant à savoir si le cas entrait dans l'une de ces trois catégories a été rejeté dans l'ensemble des autres juridictions de *common law*²²⁶⁹ ; et même si en Angleterre ce dernier a gardé sa force, il reste selon certains considéré comme « désespérément illogique et inconsistant »²²⁷⁰.

820 Ces dommages-intérêts exemplaires ne sont pas des dommages-intérêts spéciaux sous le droit fédéral et certains États suivent cette logique²²⁷¹. Et ainsi, si les faits allégués par la vic-

2266. Voir not. *Stillson v. Gibbs*, [1884] 53 Mich. 280.

2267. *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129

2268. Traduction libre de l'allocation de Lord DEVLIN, *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1225-1227.

2269. En Irlande, *Conway v. Irish National Teachers' Organisation* [1991] 2 IR 305 ;

En Australie, Canada, Nouvelle-Zélande, et États-Unis, voir *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc* [1989] 492 US 257, et les cas cités par cette solution.

2270. Lord DENNING MR dans *Cassell & co. Ltd. v. Broome*, [1971] 2 QB 354 (CA) 381.

2271. *Nelson v. G. C. Murphy Co.*, 245 F. Supp. 846 (N.D. Ala. 1965) (interprétant Fed. R. Civ. P. 9(g)) ;

Werner, Zaroff, Slotnick, Stern & Askenazy v. Lewis, 155 Misc. 2d 558, 588 N.Y.S.2d 960 (N.Y. City Civ. Ct. 1992) ;

Holloway v. Wachovia Bank & Trust Co., N.A., 339 N.C. 338, 452 S.E.2d 233 (1994) ;

Slusher v. Ohio Valley Propane Servs., 177 Ohio App. 3d 852, 2008-Ohio-41, 896 N.E.2d 715 (4th Dist. Pike County 2008) ;

Tucker v. Reynolds, 268 S.C. 330, 233 S.E.2d 402 (1977).

time démontrent une nécessité de réaction exemplaire²²⁷², des dommages-intérêts exemplaires pourront être alloués sans avoir été plaidés²²⁷³.

Ces dommages-intérêts exemplaires ne doivent en outre pas être confondus avec les dommages-intérêts aggravés²²⁷⁴. En effet, ces derniers doivent être considérés comme compensatoires.

Avant l'affaire *Rookes v. Barnard*²²⁷⁵, les dommages-intérêts aggravés et les dommages-intérêts punitifs n'étaient pas différenciés et les Cours utilisaient les deux termes comme synonymes²²⁷⁶.

Il s'agit alors de ne pas se contenter de prendre en considération les pertes pécuniaires ou sociales, mais également les atteintes émotionnelles subies par la victime du fait d'une conduite ou d'une poursuite exceptionnelle ou insultante.

Ce type d'indemnisation a donc pu être appliqué notamment lors de *deceit*²²⁷⁷, intimidation²²⁷⁸, diffamation²²⁷⁹, *malicious falsehood*²²⁸⁰, ou encore d'interférence illégale avec les affaires d'autrui²²⁸¹.

Cette prise en considération se rapproche alors de celle du préjudice moral français.

Mais un tel rapprochement n'est pas correct, car les préjudices moraux et notamment les préjudices émotionnels sont déjà indemnisés par le biais des dommages-intérêts compensa-

2272. Ce qui pour sa part doit être prouvé par la victime.

Brewer v. Wal-Mart Stores, Inc., 87 F.3d 203 (7th Cir. 1996) ;

Rosty v. Skaj, 2012 WY 28, 272 P.3d 947 (Wyo. 2012).

2273. *Gilbreath v. Phillips Petroleum Co.*, 526 F. Supp. 657 (W.D. Okla. 1980) (Oklahoma law) ;

Seymour v. Carcia, 24 Conn. App. 446, 589 A.2d 7 (1991), judgment aff'd, 221 Conn. 473, 604 A.2d 1304, 26 A.L.R.5th 865 (1992) (rejeté pour d'autres raisons par *Marchetti v. Ramirez*, 240 Conn. 49, 688 A.2d 1325 (1997)) ;

Kimes v. Trapp, 52 Ill. App. 2d 442, 202 N.E.2d 42 (3d Dist. 1964) ;

LoRocco v. New Jersey Mfrs. Indem. Ins. Co., 82 N.J. Super. 323, 197 A.2d 591 (App. Div. 1964) ;

Gill v. Montgomery Ward & Co., 284 A.D. 36, 129 N.Y.S.2d 288, 49 A.L.R.2d 1452 (3d Dep't 1954) ;

East Coast Development Corp. v. Alderman-250 Corp., 30 N.C. App. 598, 228 S.E.2d 72 (1976) ;

Brookridge Party Center, Inc. v. Fisher Foods, Inc., 12 Ohio App. 3d 130, 468 N.E.2d 63 (8th Dist. Cuyahoga County 1983) ;

Tucker v. Reynolds, 268 S.C. 330, 233 S.E.2d 402 (1977) ;

Plus généralement voir 22 Am. Jur. 2d Damages § 659

2274. Contrairement au reste des États du *Commonwealth*, les États-Unis confondent souvent ces deux types de dommages-intérêts en faveur d'une vision punitive.

SEBOK A.J. et WILCOX V., « Aggravated damages », in H. Koziol et V. Wilcox (dirs.), *Punitive damages : common law and civil law perspectives*, New York : Springer, 2009 (Tort and insurance law, vol. 25, 1616-8623), p. 257-274.

2275. [1964] AC 1129.

2276. Voir not. *Huckle v. Money* [1763] 2 Wils KB 205, 95 ER 768 ;

Emblen v. Myers [1860] 6 H & N 54, 158 ER 23 ;

Merest v. Harvey [1814] 5 Taunt 442, 128 ER 761 ;

Cités par The Law Commission, Item 2 of Sixth Programme of Law Reform : Damages. Aggravated, exemplary and restitutionary damages (LC247), UK : [s.n.], 11 septembre 1997.

2277. *Archer v. Brown* [1985] QB 401

2278. *Messenger Newspaper Group Ltd. v. National Graphical Association* [1984] IRLR 397.

2279. *Cassell & Co. Ltd. v. Broome* [1972] AC 1027.

2280. *Khodaparast v. Shad* [2000] 1 WLR 618.

2281. *Messenger Newspaper Group Ltd. v. National Graphical Association* [1984] IRLR 397.

toires. Il est alors nécessaire de considérer ces deux notions comme différentes²²⁸². En réalité, les dommages-intérêts aggravés devront être prononcés lorsque l'indemnisation traditionnelle n'aura pas été intégrale²²⁸³.

Ainsi dans *Khodaparast v. Shad*²²⁸⁴, où une personne était victime d'un *malicious falsehood*²²⁸⁵, en étant présentée dans un matériel pornographique comme appartenant à cette industrie a pu bénéficier de ce système d'aggravation de l'indemnisation. Il convient cependant de préciser que ce type d'indemnisation ne sera employé que lorsque la conduite de l'auteur aura été « exceptionnelle ».

En outre, dès lors que cette aggravation est opérée pour une prise en considération des sentiments de la victime, les demandeurs-entreprises ne peuvent par principe pas y recourir²²⁸⁶. C'est pourquoi, bien que les victimes voient en ces derniers un caractère punitif, la compensation semble rester leur objectif exclusif²²⁸⁷.

821 Il apparaît alors que la justification selon laquelle l'allocation de tels dommages-intérêts serait le besoin d'une « compensation des préjudices intangibles, compensation qui ne serait autrement impossible sous la conception limitée de la compensation prévalant à l'époque »²²⁸⁸ ne peut être considérée comme satisfaisante.

Mais, ce caractère mixte entre indemnisation et punition retranscrit la difficulté particulière que représente la considération des préjudices moraux.

Dès lors, il serait ici possible de s'inspirer de ce régime permettant, tout comme en droit français, de prendre en compte un préjudice moral qui ne peut, par nature, être évalué avec la précision nécessaire au principe d'indemnisation intégrale.

Ce caractère mixte justifierait alors la plus grande marge d'appréciation laissée à la souveraineté des juges.

Et l'allocation de tels dommages-intérêts serait considérée, parce qu'en partie punitive, devant respecter un principe d'exception notamment en la matière qui occupe ces travaux, où l'acceptation d'un préjudice moral, alors qu'il est en principe question de protection des intérêts économiques des consommateurs²²⁸⁹, semble malvenue.

822 Par ailleurs, le Professeur et Juge Guido CALABRESI, estimait pouvoir lister cinq fonctions

2282. *Dean v. Ealing LBC* [1993] ICR 329, 335C.

2283. *Thompson v. MPC* [1997] 3 WLR 403.

2284. [2000] WLR 618.

2285. Décrit par Lord STUART SMITH comme une catégorie de diffamation.

2286. Voir not. *Collins Stewart v. Financial Times Ltd.* [2005] EWHC 262, QB.

Il convient toutefois de noter que les sentiments de l'entreprise ont parfois été retenus : *Messenger Newspapers Group Ltd. v. National Graphical Association* [1984] IRLR 397.

2287. CLERK J. F., DUGDALE A.M. et LINDSELL W. H. B., *Clerk & Lindsell on torts*, 19th ed, London : Sweet & Maxwell, 2005 (The common law library), 2144 p., n^{os} 29-137 sqq..

2288. Traduction libre de *Cooper Industries Ins. v. Leatherman Tool Group Inc.*, 532 US 424, 437 n. 11 [2001] ; cité par LAYCOCK D., *Modern American remedies : cases and materials*, 4th ed, New York : Aspen Publishers, 2010, 1062 p., p.219.

2289. Voir *supra*, n^o 714.

au profit des dommages-intérêts punitifs²²⁹⁰. Ainsi selon lui :

- d'une part, cette allocation permettrait de renforcer ce qu'il est coutume d'appeler le *private enforcement*, en d'autres termes, une telle *indemnisation*, permet de renforcer les normes sociétales par l'emploi de procureurs privés. De tels dommages-intérêts seraient alors une incitation économique à l'action privée afin de garantir la paix publique. Alors, si un tel aspect pénal était associé à ce type d'*indemnisation*, il serait en outre nécessaire que les garanties du droit pénal soient offertes au défendeur²²⁹¹. Il est alors question ici notamment de deux principes essentiels à de telles actions que sont le principe *non bis in idem* qui refuse de sanctionner deux fois une personne pour le même fait, il convient ici alors de rappeler que le droit américain reconnaît constitutionnellement une protection contre ce qui est appelé *double jeopardy*, or ce principe constitutionnel équivaut la règle française découlant du principe latin *non bis in idem*. Or, les Cours américaines ont toujours rejeté cet argument²²⁹², parfois parce qu'il n'y avait eu aucune punition pénale préalable, d'autres fois en considérant qu'il s'agissait de deux types de punitions pouvant être mêlées²²⁹³, et même l'Indiana qui refusait une telle combinaison²²⁹⁴ a modifié son droit statutaire afin de la permettre²²⁹⁵.

Mais aussi du principe de légalité criminelle qui repose sur une double connaissance préalable, celle du comportement illégal, et de la peine encourue. Il en ressort que la première connaissance serait difficile à accorder avec la généralité de l'article 1382 du Code civil, mais les principes juridiques étant faits pour servir la loi et non pas l'inverse, il serait possible de modifier l'appréhension de comportements particulièrement nuisibles. En ce sens, s'il est vrai que la lettre de l'article 1382 est particulièrement ouverte, il est possible de limiter le recours à de tels types d'indemnisation lorsque sera constitutive de faute la commission d'un délit. La situation serait alors semblable à celle connue dans les droits anglo-américains se référant à la notion de *tort*.

En ce qui concerne la légalité de la peine, si le principe est louable et permet de garantir le citoyen contre l'arbitraire des juges, celui-ci contrevient à l'efficacité du rendu de la justice.

D'ailleurs outre-Manche, le caractère incertain de leur prononcé est l'un des arguments luttant contre les dommages-intérêts punitifs²²⁹⁶. En effet, mêlant les principes civilistes

2290. CALABRESI G., « The complexity of torts ; the case of punitive damages », in M.S. MADDEN (dir.), *Exploring tort law*, New York : Cambridge University Press, 2005, p. 333 sqq..

2291. Voir not. *Restrepo v. McElroy* [2004] 369 F.3d 627, 635.

2292. DOBBS D.B., *Law of remedies : damages, equity, restitution*, 2nd ed, St. Paul, Minn : West Pub. Co, 1993 (Hornbook series), 972 p., §3.11(12).

2293. *Wittman v. Gilson*, 70 N.Y.2d 970, 972, 525 N.Y.S.2d 795, 796, 520 N.E.2d 414, 515 (1988).

2294. *Nicholson's Mobile Home Sales, Inc. v. Schramm*, 164 Ind. App. 598, 330 N.E.2d 785, 791 (Ind. App. 1975)

2295. *Gosnell v. Indiana Soft Water Serv., Inc.*, 503 N.E.2d 879 (Ind.1987).

2296. Voir Lord Nicholls dans *Av. Bottrill* [2002] UKPC, [2003] 1 AC 449 [34] ; cité par, HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Pub., 2010, 323 p., p. 290 : « A degree of uncertainty is inevitable, with a standard such as outrageous conduct »

à ceux issus du droit pénal, il serait préférable, conformément au principe de légalité pénale que la peine encourue soit légalement définie. Or, cette critique est rejetée par la *Law Commission* numéro 247 de 1997²²⁹⁷ qui considère que les dommages-intérêts exemplaires ne peuvent être prononcés que lorsque la conduite de l'auteur aura été délibérément conduite à l'encontre des droits de la victime, qu'une telle conduite requiert une punition et que toute autre solution est inadéquate pour une telle punition.

En outre, la prévisibilité de la sanction des comportements permet aux acteurs économiques de se livrer à des approches *Law and Management* afin de savoir si le *quantum* de la sanction encourue est inférieur au gain espéré et le cas échéant de réaliser l'action. Une telle prévisibilité retire alors une partie du caractère dissuasif de la peine. En effet, cette légalité permet aux acteurs de recourir à l'approche *Law and Management* leur permettant de commettre un crime ou délit si la peine encourue est inférieure au gain espéré.

Encore une fois, un tel principe peut être respecté par l'imposition de *peines* proportionnées. Ainsi, il serait possible d'affirmer que la commission de tels actes serait sanctionnée par une peine multipliant par deux ou par trois le gain réalisé grâce à la commission de l'infraction.

D'ailleurs, les Cours américaines précisent que ces *peines* doivent être raisonnablement prévisibles dans leur sévérité²²⁹⁸ ;

- d'autre part, l'aspect multiplicateur permettrait de sanctionner pour les dommages causés et non poursuivis. Cet argument semble cependant plus difficile à suivre. En effet, il semble préférable dans de tels cas de recourir à l'action de groupe permettant un regroupement des préjudices subis plutôt que par une multiplication au profit d'un procureur privé.

En outre, une telle multiplication reviendrait à indemniser des préjudices qui n'auront pas été ressentis. Il conviendrait alors de se poser la question de savoir si cette volonté politique est assumée. En effet, il s'agirait de connaître la position souhaitée pour cette institution civile qu'est la responsabilité civile extracontractuelle. Si l'objectif est l'indemnisation et une sanction dues à la présence de victime, cet aspect multiplicateur devrait être exclu. Cependant, s'il s'agit, à la poursuite d'une politique de justice, de sanctionner sans victimes déclarées, alors la multiplication pourra être reçue.

En tout état de cause, il semble que l'action de groupe puisse être un moyen plus rationnel de prendre en considération cette multiplication de l'indemnisation ;

- ensuite, l'allocation de tels dommages-intérêts permet de sanctionner ce que M. CALABRESI nomme des « choix tragiques ». En effet, l'affaire *Grimshaw v. Ford Motor Company*²²⁹⁹, illustre la volonté de sanction de tels choix. Lors de ce jugement, l'entreprise Ford, avait justifié la mort survenue lors de l'explosion accidentelle d'une citerne de gaz par une

2297. Law Commission, « Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages » (Law Com. N° 247, 1997)

2298. *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, 128 S. Ct. 2605, 171 L. Ed. 2d 570 (2008).

2299. [1981] 174 Cal. Rptr. 348 (Cal. Ct. App.).

approche coûts/bénéfices, cette justification avait avec raison révolté le jury qui estimait que la mort de personnes et notamment d'enfants ne devait pas être mise en jeu par une balance froidement opérée entre les coûts et les bénéfices d'une pratique.

Ce point est davantage nécessaire lors d'accidents et une telle justification ne trouverait, semble-t-il, pas d'intérêt réel en la matière ;

- plus proche du sujet présent, une telle allocation permettrait d'indemniser ce qui ne le serait pas s'ils étaient analysés d'un point de vue strictement compensatoire.

En effet, il a été vu que dans de nombreux cas, l'aspect punitif est davantage présent que la volonté réelle d'indemniser. Il s'agit alors de réparer la faute plutôt que le préjudice. Ainsi en est-il notamment des préjudices purement moraux. Il serait en ce sens plus satisfaisant de punir un fait dommageable plutôt que de se limiter à considérer l'indemnisation d'un préjudice « fut-il simplement moral »²³⁰⁰.

En effet, il a été vu que les pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs sont sanctionnées parce qu'elles portent atteinte aux droits des consommateurs, mais aussi à ceux des concurrents loyaux et plus largement du marché. Cela étant, l'interdiction de ces pratiques ne suppose pas que le résultat souhaité par l'auteur soit obtenu, en d'autres termes, une pratique pourra être sanctionnée même si aucun consommateur n'aura été victime réelle de cette dernière pratique. De la même manière puisqu'aucun consommateur n'aura été victime de la pratique, les concurrents n'auront pas subi de préjudice issu de la pratique vis-à-vis du consommateur. Cependant, le marché aura été atteint dans son fondement et la concurrence aura été viciée par la pratique. Le comportement aura alors été dommageable. Dommageable, mais non préjudiciable. Il serait alors possible de considérer que lorsqu'un agissement aura été dommageable, mais non préjudiciable, la prononciation de dommages-intérêts punitifs pourrait être une alternative satisfaisante à la sanction pénale de ces derniers.

Il s'agirait alors au même titre qu'il est admis que l'atteinte aux droits d'une personne soit sanctionnée, de permettre la reconnaissance civile de l'atteinte aux droits de l'État. Ainsi, lorsqu'une loi offrant un droit protégé serait violée, le préjudice revêtirait plus ou moins un caractère public qui étendrait le droit à indemnisation au-delà du simple préjudice individuellement subi²³⁰¹.

- Finalement, cette justification rejoint alors la dernière qu'est la volonté de corriger des comportements privés fautifs.

2300. *A contrario*, il a été jugé que l'allocation de dommages-intérêts punitifs était la conséquence d'une volonté de réparation de l'atteinte aux sentiments de la victime et non celle de sanction de la volonté blâmable. *Detroit Dailey Post v. McArthur* 16 Mich. 447 [1868] 452-453.

2301. *Turner v. North Beach and Mission R.R. Co.*, 34 Cal. 594, 598 [1868].

Ensuite, l'allocation de tels dommages-intérêts pourrait avoir un caractère apaisant pour la victime, lui permettant d'éviter la tentation d'une vengeance privée qui *in fine* remettrait en cause la paix sociale²³⁰².

823 En tout état de cause, ces dommages-intérêts punitifs devraient, s'ils sont ajoutés à l'arsenal juridique français ou européen, être d'une application limitée, c'est d'ailleurs en ce sens que s'expriment le plus souvent les juristes américains considérant qu'il s'agit d'une réaction devant rester exceptionnelle, « ne devant pas être favorisés²³⁰³ du fait de leur nature pénale²³⁰⁴. Devant donc être alloués avec précaution et suivant des limitations étroites ou normales²³⁰⁵. Décrits comme une "sanction extraordinaire"²³⁰⁶, ils ne sont pertinents que dans les cas les plus extrêmes²³⁰⁷, ou face aux conduites les plus outrageuses²³⁰⁸ »²³⁰⁹.

824 En conclusion, si le constat de grandes similitudes s'imposait dans la comparaison entre les réactions de droit contractuel pouvant être adaptées lors de pratiques commerciales déloyales, le droit extracontractuel pour sa part est très différent entre les États de tradition romano-germanique et ceux issus de la *common law*.

Cependant, certaines similitudes persistent. D'une part, les fondements de la responsabilité sont identiques. En effet, pour que la responsabilité d'une personne soit engagée, il sera nécessaire que cette dernière commette une faute génératrice de dommage. Et d'autre part, le lien de causalité réunissant la faute et le dommage a été, de part et d'autre de l'atlantique, soumis

2302. En ce sens, *Lamb v. Cotogno* [1987] 164 CLR 1 ; cité par HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, op. cit., « *Exemplary damages [ldots] serves « to assuage any urge for revenge felt by victims and to discourage any temptation to engage in self-help likely to endanger the peace » »*.

2303. *Madonna v. Tamarack Air, Ltd.*, 298 P.3d 875 (Alaska 2013) ; *Seiniger Law Office, P.A. v. North Pacific Ins. Co.*, 145 Idaho 241, 178 P.3d 606 (2008) ; *Slovinski v. Elliot*, 237 Ill. 2d 51, 340 Ill. Dec. 210, 927 N.E.2d 1221 (2010) ; *Rosty v. Skaj*, 2012 WY 28, 272 P.3d 947 (Wyo. 2012).

2304. *Crittenden v. Cook County Com'n on Human Rights*, 2012 IL App (1st) 112437, 362 Ill. Dec. 308, 973 N.E.2d 408 (App. Ct. 1st Dist. 2012), appeal allowed, 367 Ill. Dec. 268, 981 N.E.2d 996 (Ill. 2012) and judgment aff'd, 2013 IL 114876, 990 N.E.2d 1161 (Ill. 2013).

2305. *Anchorage Chrysler Center, Inc. v. Daimler Chrysler Motors Corp.*, 221 P.3d 977 (Alaska 2009) ; *J.W. ex rel. B.R.W. v. 287 Intermediate Dist.*, 761 N.W.2d 896, 241 Ed. Law Rep. 896 (Minn. Ct. App. 2009) ; *Warren v. Derivaux*, 996 So. 2d 729 (Miss. 2008) ; *Kuhn v. Coldwell Banker Landmark, Inc.*, 150 Idaho 240, 245 P.3d 992 (2010) ; *Illinois Cent. R. Co. v. Young*, 2012 WL 6125859 (Miss. Ct. App. 2012) ; *Alexander v. Meduna*, 2002 WY 83, 47 P.3d 206 (Wyo. 2002) ; *Coffey v. Fayette Tubular Products*, 929 S.W.2d 326 (Tenn. 1996) ; *McKinnon v. Kwong Wah Restaurant*, 83 F.3d 498, 34 Fed. R. Serv. 3d 445 (1st Cir. 1996).

2306. *Mississippi Power & Light Co. v. Cook*, 832 So. 2d 474 (Miss. 2002) ; *Picard v. Barry Pontiac-Buick, Inc.*, 654 A.2d 690 (R.I. 1995).

2307. *Alpha Gulf Coast, Inc. v. Jackson*, 801 So. 2d 709 (Miss. 2001) ; *Victor v. State*, 401 N.J. Super. 596, 952 A.2d 493 (App. Div. 2008), judgment aff'd as modified on other grounds, 203 N.J. 383, 4 A.3d 126 (2010) ; *Hall v. Episcopal Long Term Care*, 2012 PA Super 205, 54 A.3d 381 (2012), appeal denied (Pa. June 12, 2013).

2308. *SWC Baseline & Crismon Investors, L.L.C. v. Augusta Ranch Ltd. Partnership*, 228 Ariz. 271, 265 P.3d 1070 (Ct. App. Div. 1 2011), review denied, (Apr. 24, 2012) ; *Rosenthal v. Sonnenschein Nath & Rosenthal, LLP*, 985 A.2d 443 (D.C. 2009) ; *Warren v. Derivaux*, 996 So. 2d 729 (Miss. 2008) ; *Estrada v. Port City Properties, Inc.*, 2011 OK 30, 258 P.3d 495 (Okla. 2011) ; *Rogers v. Louisville Land Co.*, 367 S.W.3d 196 (Tenn. 2012).

2309. ANDERSON R.E., ARSDALE B.J. VAN, GLENN J.A., INGWERSEN C.V., JACOBS A.J., LEVIN J.K., OAKES K. et SHAMPO J.J., « Damages », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014, §562.

aux mêmes raisonnements permettant de dévoiler deux théories principales que sont la causalité adéquate et l'équivalence des conditions.

Malgré ces similitudes, il apparaît que ces deux droits peuvent s'apporter l'un à l'autre. En effet, d'une part, le droit continental, reposant sur la notion universelle de faute, permettra d'appréhender une diversité plus importante de comportements. À l'inverse, les droits issus de la *common law*, ne reconnaîtront une responsabilité que lorsqu'un tort qualifié sera commis.

Sur ce point, le droit anglo-américain se rapproche davantage du droit pénal entendu en France. Cependant, il s'en éloigne en permettant une qualification des faits par une analyse par analogie ce qui ne serait ni possible ni souhaitable, en droit pénal français.

825 D'autre part, les droits européens pourraient apprendre du droit américain au sujet des réactions pouvant être apportées par le droit commun aux pratiques commerciales déloyales.

En effet, d'une part, concernant les mécanismes d'indemnisation, la distinction entre préjudice général et préjudice spécial permettrait d'éviter une multiplication excessive des préjudices indemnifiables et la dilution de la notion de préjudice moral. En ce sens, la théorie des *economic torts*, de laquelle se rapproche la directive 2005/29/CE, considère comme général le préjudice patrimonial et relègue les autres postes de préjudice au rang de préjudices spéciaux.

Et d'autre part, les volontés confiscatoires et punitives pourraient être assumées. En effet, la confiscation des gains injustement obtenus permettrait de lutter plus efficacement contre les fautes lucratives et l'emploi de méthodes dites *Law and Management*.

De la même manière, l'emploi de dommages-intérêts punitifs peut être pertinent lorsqu'il est question de lutter contre des pratiques particulièrement dommageables et notamment contre des comportements pénalement réprimés.

Enfin, la notion de dommages-intérêts nominaux permet, sans aller jusqu'à la punition, d'apaiser la victime sans pour autant lui accorder une indemnisation sans réel préjudice.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.

826 En conclusion, si le droit civil français permet de réagir face à toutes les pratiques commerciales déloyales, le droit des contrats et le droit de la responsabilité subjective n'offrent pas la même cohérence.

Alors que le droit contractuel paraît particulièrement efficace, ce qui s'explique principalement par le fait qu'il se situe dans des situations concrètes et offre une réglementation *a priori* laissant peu de marges de manœuvre aux concurrents dans leurs propositions contractuelles, le droit extracontractuel est quant à lui particulièrement large dans son appréhension des comportements, mais moins convaincant quant à ses réactions.

En effet, alors que la notion universaliste de faute rend la lutte contre les pratiques commerciales déloyales efficace, contrairement aux *torts* qui bien qu'évolutifs semblent *a priori*, moins bien armés, et que la causalité est caractérisée de manière similaire des deux côtés de l'Atlantique ; le préjudice et l'indemnisation de ce dernier restent problématiques en droit civil français.

Ainsi, l'expansion des types de préjudices indemnifiables a créé une dilution de leur nécessité permettant alors aux juridictions de décider d'indemniser sans démonstration de ces derniers, mais avec la simple considération qu'un préjudice « fut-il simplement moral » s'inférait nécessairement des actes de concurrence déloyale.

827 Or, une telle situation associée à un principe d'indemnisation intégrale n'est pas satisfaisante. En effet, cette notion de préjudice moral est devenue un outil permettant de mêler indemnisation parfois nécessaire à sanction imposée par la déloyauté. Mais une telle réaction soulève une série de trois questions :

- Tout d'abord, la qualification de moral du préjudice subi par la personne morale, c'est à dire en l'espèce le concurrent de l'auteur des pratiques commerciales déloyales, est en la matière discutable.

En effet, si la distinction, défendue au sein de ces travaux, entre préjudice et dommage était retenue, il serait possible de considérer que la pratique commerciale peut être créa-

trice, pour le concurrent victime, d'un dommage moral, mais que ce dernier n'en souffre qu'économiquement.

Il conviendra alors de distinguer ici deux points de vue :

- du point de vue de l'entreprise elle-même, il est difficile de considérer qu'une entreprise puisse moralement souffrir d'une atteinte à son honneur. Toute souffrance ne sera alors qu'économique ou pécuniaire.

Alors, si le dommage pourra être entendu comme extrapatrimonial ou moral selon les qualifications retenues, le préjudice lui, devra être considéré de manière patrimoniale, il s'agira alors d'étudier la perte d'attractivité commerciale subie par l'entreprise du fait de l'atteinte dommageable aux éléments distinctifs ou à l'honneur de cette dernière.

- Situé du point de vue de l'entrepreneur, il s'agira de se demander si ce dernier est une victime réelle de l'atteinte. En effet, si l'on se situe en présence de *boutiques*, où intérêts des personnes entrepreneurs et des entreprises se mêlent et s'entremêlent, il semblerait de prime abord, qu'il soit possible de considérer que la personne physique qu'est l'entrepreneur puisse moralement souffrir de l'atteinte dommageable portée à la personne morale qu'est son entreprise.

Cependant, il convient de rappeler qu'il s'agit de deux personnes distinctes devant être considérées comme telles.

Il serait dès lors nécessaire de restreindre la possibilité d'action pour préjudice moral des entrepreneurs aux préjudices qui leur sont propres. Dès lors, la création d'une entreprise même portant le nom de la personne physique l'ayant créée semble devoir lui retirer, au même titre qu'elle lui retire en cas de vente de l'entreprise, le droit d'exploiter commercialement ce même patronyme, la possibilité de se prévaloir d'une atteinte extrapatrimoniale aux attributs extrapatrimoniaux de cette dernière.

En tout état de cause, le préjudice subi devant être considéré sera alors un préjudice patrimonial dont le calcul, soit devra être soumis au principe de droit positif qu'est celui d'une indemnisation donc limitée au préjudice réellement subi, soit pourra être aménagé par des mécanismes de restitution des bénéfices obtenus grâce à la réalisation des pratiques portant atteinte aux attributs extrapatrimoniaux de l'entreprise.

Enfin, ce rejet du préjudice moral se justifiera d'autant plus qu'en la matière tant la directive 2005/29/CE que le droit anglo-américain ne semblent s'intéresser qu'aux intérêts économiques des victimes. En ce sens, d'une part, la directive n'a pour objet que de « rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales [...] portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes »²³¹⁰.

2310. Dir. 2005/29/CE, consid. 6.

Et d'autre part, les *economic torts*, régissant en grande partie la matière dans les États de *common law*, ne sont qualifié qu'en présence d'un préjudice patrimonial.

- Ensuite, concernant les consommateurs, doit-on automatiquement accorder à ces derniers l'indemnisation d'un préjudice moral ?

Il semble ici qu'il soit nécessaire, conformément au principe d'indemnisation intégrale, de limiter l'indemnisation aux préjudices réellement subis. Deux situations sont alors possibles :

- soit, le consommateur sera soumis à une pratique commerciale agressive, dans un tel cas, l'agressivité pourra sans trop de difficultés être considérée comme la cause d'un préjudice moral ;
- soit, le consommateur sera soumis à une pratique commerciale trompeuse dans quel cas, la démonstration du préjudice moral sera, du fait du contexte dans lequel se situe la présente étude, moins bien aisée.

En effet, dans un tel contexte, il semble que la qualification de préjudice moral doit être particulièrement stricte, faisant ainsi respecter un principe de loyauté réciproque aux professionnels et aux consommateurs, les premiers s'engageant à ne pas être déloyaux dans leurs pratiques commerciales, les seconds à ne pas l'être quant à leurs prétentions judiciaires.

Dès lors, deux solutions seront possibles : si un réel préjudice moral aura été subi, celui-ci devra être indemnisé en respect du principe d'indemnisation intégrale, mais en l'absence de ce dernier aucune indemnisation ne sera possible.

En l'absence de préjudice et donc d'indemnisation possible, le recours à deux notions venant des systèmes de *common law* pourrait cependant être adopté. Le premier, celui des dommages-intérêts nominaux permettrait de consacrer les situations corrélatives du consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale et de l'entreprise auteur de cette même pratique sans pour autant imposer une indemnisation indue.

Le second serait l'instauration de mécanismes restitutoires. En effet, il est possible de considérer qu'une partie des bénéfices réalisés par l'entreprise déloyale l'aura été au détriment du consommateur qui pourra alors récupérer une partie de l'enrichissement injustement obtenu par l'auteur de la pratique déloyale.

- Enfin, d'un point de vue politique, ce mécanisme d'indemnisation couplé au mécanisme punitif du droit pénal est-il satisfaisant ?

La volonté poursuivie, lorsque l'on mêle réaction privée et réaction publique est de combiner l'effet d'indemnisation de l'action privée au caractère punitif et dissuasif de l'action publique.

Or, si l'indemnisation est facilitée, parfois même à l'excès, il convient ici d'apporter deux précisions :

- d'une part, certains préjudices ne sont jamais indemnisés, il s'agit des préjudices de masse qui bien qu'individuellement de faibles valeurs présentent parfois de manière

collective une atteinte importante. Face à de tels préjudices, les mécanismes de recours collectifs, permettant une prise de conscience de l'importance de l'action, sont souhaitables. Il s'agira alors pour la France d'améliorer le système naissant afin de lui offrir une réelle effectivité ;

- d'autre part, le risque de sanction pénale n'est pas toujours dissuasif. Cette situation s'explique d'une part, par la présence du principe d'opportunité des poursuites qui permet à certains agissements de passer entre les mailles du filet répressif. D'autre part, le droit pénal est soumis au principe de légalité qui offre aux contrevenants une sécurité juridique quant aux sanctions possibles.

Or, comment faire pour empêcher qu'une entreprise, qui connaît ces risques, mais sait qu'elle va gagner davantage en contrevenant à la règle, même en étant sanctionnée, de réaliser une pratique commerciale déloyale ?

Ici, les deux mécanismes que sont d'une part la confiscation des bénéfices injustement réalisés, et la punition civile adaptée au comportement et à la situation économique du contrevenant, semblent les meilleurs outils permettant d'une part d'apprendre à l'auteur que la déloyauté ne paie pas, et d'autre part, si les victimes obtenaient une part des fonds levés par ces derniers, à les inciter à agir afin de renforcer l'action publique par l'action privée.

Conclusion générale.

828 En conclusion, malgré les dissemblances traditionnellement relevées entre le système juridique anglo-américain et le système européen, de nombreuses ressemblances apparaissent au sujet des comportements appréhendés.

Il s'agit alors, de part et d'autre de l'océan Atlantique, de protéger la liberté du consommateur, lui permettant de faire le choix entre des professionnels situés sur un marché où ils doivent faire preuve de loyauté vis-à-vis des consommateurs, mais également vis-à-vis de leurs concurrents afin de protéger ce qu'il est convenu d'appeler un marché libre et non vicié.

829 Malgré cet objectif commun, les moyens d'y parvenir sont divers. Cette situation s'explique par une différence fondamentale entre le système se fondant en priorité sur la *common law* et un autre, de tradition romano-germanique, ayant une forte volonté codificatrice.

Cependant, comme il l'a été démontré au sein de l'introduction générale de ces travaux, les dissimilitudes entre ces deux approches tendent à s'estomper, d'une part, par la multiplication des sources statutaires de droit anglo-américain, et d'autre part, par la place importante accordée en Europe à la jurisprudence, notamment de la Cour de Justice de l'Union européenne.

830 Il n'en demeure pas moins que ces droits statutaires anglo-américains seront complétés ou orientés par le droit commun issu de la *common law*. Or, la force de cette dernière se situe dans l'appréhension de comportements par un recours à l'analogie. Ainsi, les *torts* nés dans un contexte particulier pourront s'adapter à une situation nouvelle afin d'encadrer des comportements inédits.

Une telle considération met donc en lumière les différentes stratégies de politique juridique, pouvant et ayant été, mises en place.

L'une, considérant que le choix de principes généraux tels que la déloyauté, la tromperie, ou encore l'agressivité permet d'appréhender une multitude de situations et offre *ipso facto* une plus grande sécurité juridique.

L'autre, considérant au contraire que seul l'établissement de listes suffisamment précises offre une réelle sécurité juridique.

Cette dernière lecture plaide dès lors en faveur d'une réglementation de nature pénale qui, soumise au principe de légalité criminelle, se doit d'être précise.

Or, il convient de noter que ces deux stratégies politiques ont été appliquées tant aux États-Unis qu'en Europe :

— Aux États-Unis où d'une part la réglementation refuse de considérer le principe général de faute au profit de *torts* nommés donc nécessairement plus restreints, mais où ces *torts*, combinés à une interprétation par analogie, permettent une appréciation plus large que les différents droits issus de statuts spéciaux.

Et d'autre part, où les États oscillent à travers leurs statuts entre clauses générales et listes limitatives²³¹¹.

— Mais également en Europe où un triple échelon de contrôle est appliqué par la directive.

2311. Voir not. *supra* p. 34 sqq.

Tout d'abord une liste de pratiques commerciales considérées comme déloyales *per se* est dressée²³¹², puis deux clauses plus générales permettent de qualifier une pratique commerciale d'agressive²³¹³, ou de trompeuse²³¹⁴, et enfin, une clause générale permet de qualifier une pratique commerciale de déloyale²³¹⁵.

Ce triple échelon est enfin chapeauté par le principe général de loyauté du droit des contrats²³¹⁶, ainsi que par celui issu du régime de responsabilité civile pour faute²³¹⁷.

Or, tel que l'affirmait un Sénateur américain lors de la mise en place du *FTC Act*, « il y avait trop de pratiques déloyales à définir, et après en avoir incorporé vingt à la loi, il aurait été assez aisé d'en inventer de nouvelles »²³¹⁸.

En d'autres termes, il serait préférable en Europe de se référer aux définitions générales de déloyauté permettant *in fine* de s'adapter à l'évolution du marché et des pratiques s'y déroulant.

Allant plus loin, les pratiques commerciales déloyales pourraient être utilisées de manière plus large pour protéger les consommateurs non plus contre les pratiques concurrentielles, mais contre les atteintes à leur vie privée.

Bien sûr, une telle protection n'est pas prévue par la directive qui ne vient protéger le consommateur que contre les pratiques qui, tout à la fois, sont contraires à la diligence professionnelle et altèrent, ou sont susceptibles d'altérer, son comportement économique.

Mais, une appréhension plus large de la déloyauté permettrait de sanctionner toutes les pratiques, portant atteinte aux intérêts des consommateurs, caractérisées par une contrariété à la diligence professionnelle.

831 Une telle approche est d'ailleurs déjà appliquée aux États-Unis où une affaire très importante est encore pendante. En effet, dans *FTC v. Wyndham hotels & resorts, LLC, et al.*, la *Federal Trade Commission* considère que les défauts de sécurité quant à la protection des données personnelles des consommateurs constituent une tromperie ou une déloyauté au sens de la section 5 du *FTC Act*.

Refusant de passer un accord avec la FTC, la société WYNDHAM a choisi d'agir en annulation de la demande de cette dernière ; action qui a été rejetée par l'*US District Court* du New Jersey²³¹⁹. La société WYNDHAM a donc interjeté appel notamment concernant les dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales.

2312. Voir, p. 93 sqq. et p. 128 sqq.

2313. Voir p. 92 sqq.

2314. Voir, p. 127 sqq.

2315. Voir, p. 251 sqq.

2316. Voir p. 310 sqq.

2317. Voir p. 392 sqq.

2318. S. Rep. N° 63-597, at 13 (1914) (« *there were too many unfair practices to define, and after writing 20 of them into the law it would be quite possible to invent others* ») repris par RICH J., « Built to last : Section 5 and the Changing Marketplace. », in Section 5 Symposium, présenté à FTC, Washington, D.C., [s.n.], 26 février 2015.

2319. *FTC v. Wyndham Worldwide Corp.*, 10 F. Supp. 3d 602 - Dist. Court, D. New Jersey 2014

La *Commission* a choisi de répondre à cet appel par trois questions²³²⁰ :

- Est-ce que l'échec injustifié dans la protection des données des consommateurs constitue une pratique commerciale déloyale ?
- Est-ce que la société WYNDHAM a suffisamment conscience des nécessités quant à la protection des données personnelles confiées par les consommateurs ?
- Est-ce que l'atteinte portée à ces données a causé aux consommateurs un préjudice substantiel qu'ils n'auraient pas pu éviter ?

832 Ainsi, la *Commission*, qui détient le pouvoir d'interpréter la déloyauté des pratiques commerciales, affirme que contrairement à ce qui était soutenu par WYNDHAM, la déloyauté ne se limite pas à un comportement négligent ou immoral²³²¹, mais au contraire est caractérisée par la simple atteinte aux intérêts des consommateurs.

En effet, la section 5 du *FTC Act* interdit les pratiques déloyales ou trompeuses dans, ou affectant, le commerce, et précise que la déloyauté sera présente lorsque l'acte ou la pratique :

1. causera ou sera susceptible de causer un préjudice substantiel aux consommateurs ;
2. un préjudice qui n'est pas raisonnablement évitable par ces derniers ;
3. et qui n'est pas contrebalancé par un bénéfice pour les consommateurs ou la concurrence²³²².

Dès lors, l'échec dans la protection des données personnelles des consommateurs est considéré par la *Federal Trade Commission* comme déloyal. C'est pourquoi, dès 2006, la *Commission* a mené sa première action pour la protection des données personnelles²³²³ alors qu'aucun texte supplémentaire ne lui en offrait le pouvoir, et aujourd'hui le cap des cinquante actions est passé.

833 Concernant la deuxième question, la FTC indique que WYNDHAM avait pleinement conscience de la nécessité de protection des données, elle avait en outre promis de mettre en œuvre certaines mesures de protection qu'elle avait par la suite échoué à appliquer ; la *Commission* elle-même avait, dès 2007, publié un guide concernant la protection des données personnelles des consommateurs à l'intention des professionnels.

Tout cela est donc lié au choix de la *Commission* de se baser non pas sur un *tort* intentionnel, mais sur la négligence.

Enfin, concernant l'aspect dommageable de la pratique, la *Commission* rappelle que 600000 cartes bancaires ont été compromises permettant des charges frauduleuses d'un montant total de dix millions de dollars.

834 Comme il l'a été dit au paragraphe précédent, cette affaire s'inscrit dans la lignée de mul-

2320. Brief for the FTC, Case N° 14-3514, 5 novembre 2014.

2321. Les termes employés étant *unscrupulous* et *unethical*.

2322. 15 USC §45(n).

2323. *United States v. ChoicePoint, Inc.*, N° 106-CV-0198 (N-D. GA 26 janvier 2006).

tiples autres. Parmi ces dernières, l'une retient particulièrement l'attention et permet de cerner l'idée de la sécurité devant être accordée aux données personnelles²³²⁴. En effet, ACCRETIVE HEALTH, INC. avait accepté de transiger avec la *Federal Trade Commission* qui considérait qu'elle avait engagé une pratique commerciale déloyale en créant des risques non nécessaires pour les données personnelles des consommateurs :

- en permettant le transport d'informations sensibles contenues dans des ordinateurs portables ;
- en n'empêchant pas de manière suffisante l'accès à ces informations ;
- en ne permettant pas de s'assurer de la suppression des données sensibles des ordinateurs de ses employés ;
- ou encore en utilisant des informations sensibles lors d'entraînements sans s'assurer que ces dernières soient retirées, à la fin des entraînements, des ordinateurs de ses employés.

L'accent était alors mis sur la maîtrise des connaissances accordées aux salariés, mais aussi à la sécurité quant à la circulation de ses informations ainsi qu'au stockage de ces dernières.

835 Il est donc incontestable que la sécurisation de ces données est un sujet particulièrement important dans une société, telle que la société occidentale, où les consommateurs et plus largement l'ensemble des citoyens sont de plus en plus interconnectés, et où les données les concernant sont de plus en plus nombreuses et convoitées.

C'est pourquoi l'État de Californie a choisi de voter une nouvelle loi créant une obligation de sécurité à l'encontre des professionnels détenant des informations personnelles de consommateurs²³²⁵.

836 De la même manière, l'administration OBAMA a récemment déposé un projet de loi concernant la protection des données personnelles des consommateurs²³²⁶.

Selon ce dernier, chaque entité doit, outre l'accès, la modification, ou la suppression, assurer la sécurité des données personnelles²³²⁷.

Mais surtout, il dispose que la violation du titre 1 de cette loi (les dispositions relatives à la sécurité, l'accès, la modification, ou encore la suppression des données), doit être traitée comme une pratique commerciale déloyale ou trompeuse au sens du *FTC Act*. Il semble alors que ce projet approuve la FTC qui s'était déjà octroyé le pouvoir de contrôler de telles pratiques, mais cette loi aura l'avantage de consacrer juridiquement ce pouvoir.

D'ailleurs l'appel formé par la société WYNDHAM, concernant l'autorité de la *Federal trade commission* de réguler la cybersécurité sous le visa de la section 45(a) du *FTC Act*, a d'ailleurs été récemment rejeté²³²⁸.

2324. FTC, 5 février 2014, Doc. n° C-4432.

2325. Assembly Bill 1710, 30 septembre 2014.

2326. Administration Discussion Draft : Consumer Privacy Bill of Right of 2015.

2327. Sec. 105 et 106.

2328. *Fed. Trade Comm'n v. Wyndham Worldwide Corp*, N° 14-3514 (3d Cir. 2015).

Mais d'une part, cet *Act* s'il est voté ne le sera pas avant 2016 et d'autre part, la répartition des pouvoirs et notamment l'élargissement de l'appréhension rendue possible par la section 5 du *FTC Act*, n'en a pas fini d'être débattue²³²⁹.

Cela étant, il convient de souligner que la section 403 de ce même projet dispose que ledit projet ne doit pas être vu comme ouvrant un droit à l'action privée. Il sera dès lors nécessaire de revenir au régime général du *FTC Act*, et notamment à l'article 15 USC §57(b) qui ouvre à la FTC le pouvoir de mener des actions civiles lorsque la pratique commerciale déloyale ou trompeuse aura porté atteinte aux droits des consommateurs, ou autres personnes.

D'ailleurs, La FTC s'est dotée d'un nouveau service nommé *Office of Technology Research and Investigation* rattaché au BCP, et consacré notamment à la vie privée, à la sécurité des données, et aux *objets connectés*²³³⁰.

- 837** Au niveau européen, plusieurs dispositions existent afin de protéger les données personnelles des consommateurs, au sujet des transferts transatlantiques de données à caractère personnel, ou plus généralement des citoyens. Parmi elles, la directive 2002/58/CE impose une obligation de sécurité de traitement des informations personnelles aux fournisseurs de services de communication électronique²³³¹.

Cela étant, comme son titre l'indique, cette directive ne s'applique qu'aux services de communication électronique et donc l'obligation de sécurité n'est imposée qu'aux fournisseurs de tels services.

De la même manière, le règlement 45/2001 impose aux institutions européennes un traitement loyal et licite des données personnelles des citoyens européens²³³².

- 838** Enfin, de manière générale, la directive 95/46/CE encadre la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et de la libre circulation de ces données. Mais il subsiste des différences législatives entre les États européens sur ces données, et il appartient aux autorités nationales de contrôle d'assurer la protection de ces données, notamment, lors de transferts transatlantiques²³³³. C'est pourquoi une proposition de règlement

2329. Voir notamment, pour la position de la FTC : FEINSTEIN D. et FTC, « A few words about Section 5 », 13 mars 2015. URL : <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/03/few-words-about-section-5> ;

RICH J., « Built to last : Section 5 and the Changing Marketplace. », in Section 5 Symposium, présenté à FTC, Washington, D.C., [s.n.], 26 février 2015.

2330. Pour une présentation officielle, voir : RICH J. et FTC, « BCP's Office of Technology Research and Investigation : The next generation in consumer protection », 23 mars 2015. URL : <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2015/03/bcps-office-technology-research-investigation-next>.

2331. Obligation qui a été renforcée par la directive 2009/136/CE selon laquelle constitue une violation de données à caractère personnelles : « une violation de la sécurité entraînant accidentellement ou de manière illicite la destruction, la perte, l'altération, la divulgation ou l'accès non autorisés de données à caractère personnel transmises, stockées ou traitées d'une autre manière en relation avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public dans la Communauté »

Art. 2.2.c ajoutant un point h à l'article 2 de la directive 2002/58/CE.

2332. Art. 4.1.b.

2333. En attendant une éventuelle harmonisation de la matière, l'Avocat général BOT a rendu, le 23 septembre 2015, ses conclusions, relatives à l'affaire C-362/14 *Maximillian Schrems contre Data Protection Commissioner*,

du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, a été effectuée le 25 janvier 2012²³³⁴.

Celui-ci considère que « tout traitement de données à caractère personnel devrait être licite, loyal et transparent à l'égard des personnes concernées »²³³⁵.

Il précise ensuite que la licéité dépend notamment du consentement de la personne visée²³³⁶, consentement qui doit être éclairé par une transparence et une loyauté de la part des auteurs de telles pratiques.

Il précise enfin que de telles données devraient dès lors être accessibles, modifiables, ou encore effaçables par la personne concernée, ce qui est conforme à la directive actuelle et commun à la volonté états-unienne²³³⁷.

839 Cependant, ce règlement se contente de préciser que les données à caractère personnel ne devront par défaut pas être rendues accessibles à un nombre indéterminé de personnes²³³⁸, et que les professionnels devront protéger les données contre la destruction accidentelle ou illícite, la perte accidentelle, ou toute forme illicite de traitement, notamment, la divulgation, la diffusion, l'accès non autorisé, ou l'altération²³³⁹. Il offre en outre à la Commission la capacité d'adopter les actes concernant les exigences en matière de protection de ces données²³⁴⁰. Et précise enfin que le droit d'introduire une réclamation auprès des autorités de contrôle n'empêche pas tout autre recours, notamment judiciaire²³⁴¹, afin d'obtenir réparation du préjudice subi²³⁴², ou condamnation de l'auteur²³⁴³.

840 Dès lors, cette proposition démontre une prise de conscience de la nécessité de sécurité quant aux données personnelles de plus en plus fréquemment collectées par des professionnels. Or,

selon lesquelles « l'existence d'une décision de la Commission constatant qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées ne saurait annihiler ni même réduire les pouvoirs dont disposent les autorités nationales de contrôle en vertu de la directive sur le traitement des données à caractère personnel ». CJUE, Communiqué de presse n° 106/15.

Ces conclusions ont été suivies par la Cour de Justice de l'Union européenne qui a donc invalidé, le 6 octobre 2015, le *safe harbor* américain précédemment reconnu par la Commission européenne [Décision 2000/520/CE de la Commission, du 26 juillet 2000, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du Commerce des États-Unis d'Amérique (JO 2000, L 215, p. 7)].

2334. COM(2012)11 final.

2335. consid. 30 et art. 5.

2336. Ce qui sera notamment demandé lors de collecte de *cookies*, voir à ce titre *supra*, p. 114 sqq.

2337. Art. 14-18.

2338. Art. 23.

2339. Art. 30.

2340. Art. 23.

2341. Art. 73 et 75.

2342. Art. 77.

2343. Art. 78.

si la directive 2005/29/CE encadre la déloyauté modificative du comportement économique du consommateur et portant atteinte à ses intérêts économiques, il est nécessaire que la déloyauté portant atteinte à d'autres intérêts, tels que la vie privée, soit également encadrée. Or, la notion de loyauté, tout comme celle de faute de droit civil, permet une appréhension relativement large des comportements portant atteinte aux consommateurs, au marché et donc *in fine* à la concurrence, à la confiance, et donc au lien social lui-même.

841 Ainsi, il apparaît que les mécanismes de responsabilité subjective de droit commun peuvent permettre de réagir face à de tels comportements.

En effet, la responsabilité subjective, par son universalisme, « supplée aux lacunes du droit, aux défaillances du législateur et aux modifications des données »²³⁴⁴, ainsi, la faute permet d'appréhender, au même titre que les *torts*, tous les comportements s'éloignant de la règle existante.

Le constat de cette dernière est dès lors facilité lorsque la règle est édictée : ce qui, dans un système de tradition romano-germanique, est facilité par des codifications multiples. Cependant, dans les cas où il n'existerait pas de règle précise interdisant un comportement, il serait nécessaire que le recours à des valeurs générales telles que la loyauté soit possible afin que les magistrats puissent par analogie créer des obligations dont la négation serait considérée comme fautive²³⁴⁵.

Ici encore, la directive 2005/29/CE permet de mettre en évidence deux types de comportements particulièrement nuisibles à une économie de marché :

- d'une part, la tromperie, qui peut constituer un délit (qu'il soit civil ou pénal), mais également un vice du consentement ;
- et d'autre part, l'agressivité génératrice de crainte qui, elle aussi, peut constituer un délit et/ou un vice du consentement.

Or, si la directive facilite la qualification de la pratique comme étant fautive lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts économiques du consommateur, elle n'impose pas d'harmonisation de la matière civile. Ainsi, s'il peut être reconnu que les mécanismes de responsabilité civile peuvent venir s'appliquer en cas de contravention aux règles édictées par la directive, il est possible d'élargir la réaction en considérant qu'il est question de sanctionner la déloyauté avant l'atteinte aux intérêts économiques des consommateurs. En effet, une confusion des deux reviendrait en matière délictuelle à confondre la cause et l'effet, la faute et le préjudice ; deux conditions distinctes, mais essentielles à l'engagement d'une responsabilité subjective.

842 En ce sens, la faute seule n'est pas sanctionnable sur le fondement du droit commun, seule la faute ayant engendré un dommage doit l'être.

Or, cette condition pose plus de difficultés.

2344. TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, Avril 2015.

2345. En ce sens : voir TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », op. cit., n° 123 au sujet de la souplesse de la responsabilité subjective.

En effet, tel que le souligne le Professeur LE TOURNEAU, « le désintérêt pour l'étude du dommage a eu pour grave conséquence d'ouvrir la porte à tous les excès, d'une ampleur inconnue dans la plupart des autres pays, représentant un coût économique important, contribuant à la relative atonie de l'économie française »²³⁴⁶. Ainsi, la volonté indemnitaire, liée à celle d'un État providence, a mené le législateur et les magistrats à « admettre de plus en plus facilement que n'importe quoi puisse être réparé n'importe comment »²³⁴⁷.

Il s'agit alors de s'inscrire contre la multiplication des variétés de préjudices réparables²³⁴⁸ et la dissolution des caractères requis du préjudice pour ouvrir droit à réparation.

Cela passerait par une consécration de la distinction entre les notions de dommage et de préjudice²³⁴⁹, acceptant alors de traiter le dommage comme « un simple fait résidant dans l'atteinte à un bien, à un droit ou à l'intégrité d'une personne » alors que le préjudice serait sa conséquence patrimoniale ou extrapatrimoniale, la seule ouvrant le droit à indemnisation²³⁵⁰. Ce qui permettrait en outre de reconsidérer la distinction opérée entre réparations en nature et par équivalent. En effet, alors que la première est la seule qui répond véritablement à l'objectif déclaré de la responsabilité subjective, c'est-à-dire réparer le dommage causé, la seconde ne fait qu'intervenir sur le préjudice, lorsqu'il existe réellement, offrant à l'action en responsabilité civile délictuelle une fonction normative, sinon punitive.

843 Accepter une telle distinction permettrait en outre de consacrer la situation existante consistant à accepter de réagir face à un dommage sans qu'un réel préjudice n'existe²³⁵¹.

En effet, accepter cette situation et consacrer une fonction confiscatoire, voire punitive, de l'action en responsabilité civile délictuelle serait possible sans modification du texte initial fondant cette dernière.

En ce sens, la confiscation des gains injustement obtenus²³⁵² ou la sanction d'un comportement particulièrement nuisible²³⁵³ pourrait en effet participer à la réparation du dommage

2346. TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, Avril 2015.

2347. *Ibid.*

2348. Dont l'un des plus récents est le préjudice d'angoisse : Voir not. CA Paris, 12 septembre 2008, n° 05-15-716, n° 05-15-717, n° 05-15-719, n° 05-15-720, n° 05-15-721, n° 05-15-722, n° 05-15-723 et n° 05-15-733, JCP E 2008. 2253, note BANDON-TOURRET et GORNY ;

ou d'anxiété : Cass. Soc. 25 septembre 2013, n°s 12-20.157, 11-20.948, 12- 12.883 et 12-13.307, Dalloz actualité, 8 octobre 2013, obs. FRAISSE ; Cass. Soc. 2 avril 2014, n° 12-29.825, Dalloz actualité, 2 mai 2014, obs. FRAISSE.

Tous cités par TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », op. cit., n°s 28 s..

2349. Voir *supra*, p. 418 sqq..

2350. FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations, le fait juridique, 14e éd, Paris : Sirey, 2011 (Sirey université), 533 p., n° 133.

TOURNEAU PH. LE, « Responsabilité (en général) », op. cit..

2351. Dans de tels cas, les notions de préjudice moral ou encore de trouble commercial prenaient, le plus souvent, un relais commode permettant une indemnisation cachant le plus souvent une volonté d'apaisement de la victime ou de sanction de l'auteur.

2352. Voir *supra*, p 472 sqq..

2353. Voir *supra*, p 485 sqq..

causé, sans pour autant qu'il soit prétendu que la victime en ait personnellement et réellement souffert.

En outre, cela permettrait de justifier la réparation de dommages moraux soufferts par des personnes morales. En effet, si le dommage causé à la réputation d'une entreprise peut être qualifié de moral, son préjudice sera économique.

De la même manière, les préjudices découlant de cette directive, hormis en cas de violence se muant en pratiques commerciales agressives, devront être limités aux préjudices patrimoniaux, rejoignant alors la théorie des *economic torts* de laquelle, il l'a été démontré, l'esprit de la directive se rapproche.

844 En effet, puisqu'il est question d'encadrer la déloyauté renvoyant nécessairement à la notion de bonne foi, et bien qu'il ne sera pas tenté ici d'apporter une définition à cette notion protéiforme, il convient de rappeler que cette dernière connaît notamment deux situations.

Il s'agit tout d'abord de la bonne foi de l'auteur des pratiques commerciales, bonne foi qui doit être présente afin que cette pratique ne soit pas constitutive d'une pratique commerciale déloyale pénalisée par la présente directive.

Mais il s'agit également de la bonne foi de la victime : ainsi lorsque cette dernière demande indemnisation d'un préjudice subi du fait de la pratique commerciale, cette demande doit être exercée de bonne foi afin, d'une part, de répondre à un préjudice réel, mais également et surtout, dans la limite des fonctions politiquement offertes à la responsabilité civile²³⁵⁴.

Dès lors, ici, la notion d'abus de droit doit être appliquée et le droit offert aux consommateurs ne doit pas être exercé de manière excessive, oppressive, ou dans un but qui n'était pas prévu par le législateur²³⁵⁵.

845 On pourrait alors suggérer une modification du régime français de l'indemnisation afin d'officialiser, lors de pratiques commerciales déloyales, son émancipation de la théorie de l'indemnisation intégrale.

En effet, les multiples aménagements qui y ont été apportés tendent vers une volonté de sanctionner l'auteur de la faute ou du moins d'absorber les gains réalisés par le moyen de cette faute.

Il est d'ailleurs, au sens des présents travaux, regrettable que les propositions des commissions CATALA et TERRÉ, n'aient pas été reprises par le projet d'ordonnance de la Chancellerie²³⁵⁶.

Il serait en ce sens possible d'intégrer au Code civil un article reprenant la lettre de l'article 110 du Code pénal espagnol qui affirme que la responsabilité découlant de la commission d'un

2354. Qu'il s'agisse d'une volonté indemnitrice comme celle connue le plus largement en Europe, ou de sanction et d'absorption des gains comme dans les systèmes de droit anglo-américains.

2355. FRIEDMANN D., « Good Faith and Remedies for Breach of Contract. », in J. BEATSON et D. FRIEDMANN (dirs.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995, p. 399 sqq..

2356. En ce sens, voir *supra*, p.472 sqq. ;
Voir également V° CATALA et TERRÉ.

délit comprend : 1. La restitution, 2. La réparation du dommage, et 3. L'indemnisation des préjudices matériels et moraux ²³⁵⁷.

En effet, bien que traditionnellement cet article ne reçoit pas une telle interprétation, une lecture de cet article à l'aune du présent travail ainsi que des droits anglo-américains existants et des propositions déjà opérées permettrait, outre la distinction entre préjudice et dommage ²³⁵⁸, de confisquer le gain issu d'une faute ²³⁵⁹, ou même de sanctionner cette faute lucrative ²³⁶⁰.

846 Mais avant d'en proposer une relecture, il convient d'en rappeler la lecture traditionnelle.

Tel qu'en droit français, la volonté ici est que l'indemnisation doit permettre un retour à la situation qui aurait été si la faute ne s'était pas produite.

Ainsi, la restitution ne doit pas être entendue comme celle des gains réalisés, mais comme celle des biens qui auraient pu être appropriés et peuvent être restitués. Ce sera notamment le cas des vols de biens.

Ensuite, concernant la distinction entre dommage et préjudice, en Espagne comme en France, la doctrine et la jurisprudence sont partagées sur la question et de nombreux auteurs considèrent que ces concepts sont synonymes et qu'il s'agit en réalité de neutraliser le détriment causé ²³⁶¹.

Il s'agit donc à travers l'ensemble de ces moyens de dédommager la victime par l'élimination ou la compensation du préjudice que ce dernier soit patrimonial ou extrapatrimonial.

847 Cependant, selon la thèse ici soutenue, il serait possible de considérer d'une part que la responsabilité découlant de la commission d'un délit engage l'auteur à :

1. La restitution des gains réalisés lorsque ces derniers ont injustement été soutirés à autrui ²³⁶² ;
2. L'indemnisation des préjudices réels et personnels, matériels et/ou moraux. Il s'agira alors ici de l'application du principe de l'indemnisation intégrale ²³⁶³.
3. Et enfin, la réparation des dommages causés, dont les éventuels dommages qui ont été plus haut qualifiés de dommages « sociaux » ²³⁶⁴. Cette dernière indemnisation permet-

2357. Código civil español : art. 109 : « 1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados. [...] ».

Art. 110 : « La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende :

1. La restitución.
2. La reparación del daño.
3. La indemnización de perjuicios materiales y morales. ».

2358. Voir, p. 418 sqq.

2359. Voir, p. 472 sqq.

2360. Voir, p. 485 sqq.

2361. RODRÍGUEZ RAMOS L., MARTÍNEZ GUERRA A., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA G., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS J., COLINA OQUENDO P. et ESPANYA, Código penal : comentado y con jurisprudencia, Madrid : La Ley, 2009.

2362. Voir *supra* p. 472 sqq.

2363. Voir *supra*, p. 438 sqq..

2364. Voir *supra* p. 431 sqq.

trait en outre d'assumer et d'expliquer le caractère punitif intégré au sein du système d'indemnisation²³⁶⁵.

Enfin, une telle responsabilité ne devrait pas contredire le principe *non bis in idem*.

En effet, s'il est admis que la déloyauté peut être source de responsabilité civile et de culpabilité pénale, et si la fonction punitive de la responsabilité subjective était retenue, il conviendrait de concilier les réactions pénales et civiles afin que l'auteur de la pratique ne soit pas sanctionné deux fois pour le même comportement.

En ce sens, la qualification des différents moyens de réaction devra être suffisamment établie afin que le dédommagement soit ventilé entre ces différents moyens ; étant considéré que l'indemnisation et la restitution des gains devront être prioritaires sur la réparation des dommages, car y participant en partie.

2365. Voir aussi p. 485 sqq.

Annexe.

DIRECTIVE 2005/29/CE.

DIRECTIVE 2005/29/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL**du 11 mai 2005****relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement****européen et du Conseil****(«directive sur les pratiques commerciales déloyales»)****(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)**

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis du Comité économique et social européen ⁽¹⁾,

statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité ⁽²⁾,

considérant ce qui suit:

(1) L'article 153, paragraphe 1, et paragraphe 3, point a), du traité prévoit que la Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par les mesures qu'elle adopte en application de l'article 95 du traité.

(2) Conformément à l'article 14, paragraphe 2, du traité, le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises et des services et la liberté d'établissement sont assurées. Le développement de pratiques commerciales loyales au sein de l'espace sans frontières intérieures est essentiel pour favoriser l'expansion des activités transfrontalières.

(3) Les législations des États membres en matière de pratiques commerciales déloyales présentent des différences marquées, qui peuvent entraîner des distorsions sensibles de concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du

marché intérieur. Dans le domaine de la publicité, la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative ⁽³⁾ fixe des critères minimaux visant à une harmonisation de la législation sur la publicité trompeuse, mais ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de mesures apportant aux consommateurs une protection plus étendue. En conséquence, les dispositions législatives des États membres en matière de publicité trompeuse présentent des divergences importantes.

(4) Ces disparités entraînent une incertitude quant aux règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et créent de nombreuses entraves touchant les entreprises et les consommateurs. Ces entraves augmentent le coût à supporter par les entreprises pour exercer les libertés liées au marché intérieur, en particulier lorsqu'elles souhaitent s'engager dans une commercialisation, lancer des campagnes publicitaires ou offrir des promotions commerciales transfrontalières. Pour les consommateurs, de telles entraves entraînent également des incertitudes quant à leurs droits et affaiblissent leur confiance dans le marché intérieur.

(5) En l'absence de règles uniformes à l'échelon communautaire, des obstacles à la libre circulation transfrontalière des services et des marchandises ou à la liberté d'établissement pourraient se justifier, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, dès lors qu'ils visent à protéger des objectifs reconnus d'intérêt public et qu'ils sont proportionnés à ces objectifs. Compte tenu des objectifs communautaires, tels que définis dans les dispositions du traité et du droit communautaire dérivé relatives à la liberté de circulation, et conformément à la politique de la Commission en matière de communications commerciales, précisée dans la communication de la Commission intitulée «Suivi du Livre vert: les communications commerciales dans le marché intérieur», ces obstacles devraient être éliminés. Ils ne peuvent l'être qu'en établissant, à l'échelon communautaire, des règles uniformes qui assurent un niveau élevé de protection des consommateurs, et en clarifiant certaines notions juridiques, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur et afin d'assurer la sécurité juridique.

⁽¹⁾ JO C 108 du 30.4.2004, p. 81.

⁽²⁾ Avis du Parlement européen du 20 avril 2004 (JO C 104 E du 30.4.2004, p. 260), position commune du Conseil du 15 novembre 2004 (JO C 38 E du 15.2.2005, p. 1) et position du Parlement européen du 24 février 2005 (non encore parue au Journal officiel). Décision du Conseil du 12 avril 2005.

⁽³⁾ JO L 250 du 19.9.1984, p. 17. Directive modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 290 du 23.10.1997, p. 18).

- (6) La présente directive a dès lors pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes. Conformément au principe de proportionnalité, la présente directive protège les consommateurs des conséquences de ces pratiques commerciales déloyales dès lors qu'elles sont substantielles, tout en reconnaissant que, dans certains cas, ces conséquences sont négligeables. Elle ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels; pour tenir pleinement compte du principe de subsidiarité, les États membres conserveront, s'ils le souhaitent, la faculté de réglementer les pratiques visées, conformément à la législation communautaire. La présente directive ne couvre ni n'affecte les dispositions de la directive 84/450/CEE ayant trait à la publicité trompeuse pour les entreprises mais pas pour les consommateurs ainsi qu'à la publicité comparative. La présente directive n'affecte pas non plus les pratiques publicitaires et commerciales admises, comme le placement légitime de produits, la différenciation des marques ou les incitations à l'achat, qui peuvent légitimement influencer la perception d'un produit par le consommateur ainsi que son comportement, sans altérer son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause.
- (7) La présente directive porte sur les pratiques commerciales qui visent directement à influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits. Elle ne s'applique pas aux pratiques commerciales mises en œuvre principalement à d'autres fins, parmi lesquelles figurent par exemple les communications commerciales destinées aux investisseurs, telles que les rapports annuels et la documentation promotionnelle des entreprises. Elle ne s'applique pas aux prescriptions légales concernant le bon goût et la bienséance, qui sont très variables d'un État membre à l'autre. Des pratiques commerciales telles que, par exemple, la sollicitation commerciale dans la rue peuvent être malvenues dans certains États membres pour des raisons culturelles. Les États membres devraient par conséquent avoir la possibilité de continuer à interdire certaines pratiques commerciales sur leur territoire, conformément au droit communautaire, pour des motifs de bon goût et de bienséance, même lorsque ces pratiques ne restreignent pas la liberté de choix des consommateurs. Il serait judicieux, lors de l'application de la directive, notamment des clauses générales, de tenir largement compte des circonstances de chaque espèce.
- (8) La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne. Il va de soi qu'il existe d'autres pratiques commerciales qui, si elles ne portent pas atteinte aux consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises. Il convient que la Commission examine attentivement s'il y a lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne la concurrence déloyale au-delà du champ d'application de la présente directive et formule, si nécessaire, une proposition législative couvrant ces autres formes de concurrence déloyale.
- (9) La présente directive s'applique sans préjudice des recours individuels formés par les personnes lésées par une pratique commerciale déloyale. Elle s'applique également sans préjudice des règles communautaires et nationales relatives au droit des contrats, aux droits de propriété intellectuelle, aux questions de santé et de sécurité liées aux produits, aux conditions d'établissement et aux régimes d'autorisation, notamment les règles qui, conformément au droit communautaire, concernent les activités de jeux d'argent, et des règles communautaires en matière de concurrence et des dispositions nationales visant à les mettre en œuvre. Les États membres pourront ainsi maintenir ou instaurer sur leur territoire des mesures de restriction ou d'interdiction de pratiques commerciales pour des motifs de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, quel que soit le lieu d'établissement du professionnel, par exemple pour ce qui concerne l'alcool, le tabac ou les produits pharmaceutiques. Eu égard à leur complexité et aux graves risques qui leur sont propres, les services financiers et les biens immobiliers doivent faire l'objet de prescriptions détaillées, y compris l'instauration d'obligations positives à respecter par les professionnels. C'est la raison pour laquelle, s'agissant des services financiers et des biens immobiliers, la présente directive s'applique sans préjudice de la faculté pour les États membres d'adopter des mesures qui aillent au delà des dispositions de la présente directive, pour protéger les intérêts économiques des consommateurs. Il ne convient pas que la présente directive réglemente la certification et l'indication du titre des ouvrages en métal précieux.
- (10) Il est nécessaire de veiller à ce que la relation entre la présente directive et la législation communautaire existante soit cohérente, en particulier lorsque des dispositions détaillées concernant les pratiques commerciales déloyales s'appliquent à des secteurs spécifiques. La présente directive modifie donc la directive 84/450/CEE, la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ⁽¹⁾, la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs ⁽²⁾ et la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs ⁽³⁾. La présente directive ne s'applique, en conséquence, que lorsqu'il
-
- (1) JO L 144 du 4.6.1997, p. 19. Directive modifiée par la directive 2002/65/CE (JO L 271 du 9.10.2002, p. 16).
- (2) JO L 166 du 11.6.1998, p. 51. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2002/65/CE.
- (3) JO L 271 du 9.10.2002, p. 16.

n'existe pas de dispositions communautaires spécifiques régissant des aspects particuliers des pratiques commerciales déloyales, telles que des prescriptions en matière d'information ou des règles régissant la présentation des informations au consommateur. Elle apporte une protection aux consommateurs lorsqu'il n'existe aucune législation sectorielle spécifique à l'échelon communautaire et interdit aux professionnels de donner une fausse impression de la nature des produits. Ceci est particulièrement important dans le cas de produits complexes comportant un niveau de risque élevé pour les consommateurs, comme certains produits liés à des services financiers. La présente directive complète par conséquent l'acquis communautaire applicable aux pratiques commerciales portant préjudice aux intérêts économiques des consommateurs.

- (11) Le niveau élevé de convergence résultant du rapprochement des dispositions nationales assuré par la présente directive crée un niveau commun élevé de protection des consommateurs. La présente directive établit une interdiction générale unique des pratiques commerciales déloyales qui altèrent le comportement économique des consommateurs. Elle établit également des règles sur les pratiques commerciales agressives, qui ne sont pas actuellement réglementées au niveau communautaire.
- (12) L'harmonisation augmentera considérablement la sécurité juridique tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Les consommateurs et les professionnels pourront ainsi s'appuyer sur un cadre réglementaire unique basé sur des concepts juridiques clairement définis réglementant tous les aspects des pratiques commerciales déloyales au sein de l'Union européenne. Ceci aura pour conséquence d'éliminer les entraves résultant de la disparité des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et de permettre la réalisation du marché intérieur dans ce domaine.
- (13) Pour atteindre les objectifs communautaires en éliminant les entraves au marché intérieur, il est nécessaire de remplacer les clauses générales et principes juridiques divergents actuellement en vigueur dans les États membres. L'interdiction générale commune et unique établie par la présente directive couvre donc les pratiques commerciales déloyales altérant le comportement économique des consommateurs. Afin de renforcer la confiance des consommateurs, l'interdiction générale devrait aussi s'appliquer aux pratiques commerciales déloyales qui sont utilisées en dehors de toute relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur ou consécutivement à la conclusion d'un contrat ou durant l'exécution de celui-ci. Cette interdiction générale est développée par les règles relatives aux deux types de pratiques commerciales de loin les plus nombreuses, à savoir les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives.
- (14) Il est souhaitable que les pratiques commerciales trompeuses couvrent les pratiques, y compris la publicité trompeuse, qui, en induisant le consommateur en erreur, l'empêchent de faire un choix en connaissance de cause et donc de façon efficace. En conformité avec les législations

et les pratiques des États membres sur la publicité trompeuse, la présente directive distingue, parmi les pratiques trompeuses, les actions trompeuses et les omissions trompeuses. En ce qui concerne les omissions, la présente directive énumère un nombre limité d'informations clés dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause. Ces informations ne devront pas être fournies dans toutes les publicités mais seulement lorsque le professionnel fera une invitation à l'achat, concept clairement défini par la présente directive. L'approche adoptée dans la présente directive, qui consiste en une harmonisation complète, n'empêche pas les États membres de préciser dans leur droit national les principales caractéristiques de produits particuliers, par exemple les objets de collection ou les biens électriques, dont l'omission serait substantielle lors d'une invitation à l'achat. La présente directive n'entend pas réduire le choix des consommateurs en interdisant la promotion de produits qui semblent similaires à d'autres produits, à moins que cette similarité ne sème la confusion dans l'esprit des consommateurs quant à l'origine commerciale du produit et soit donc trompeuse. Il convient que la présente directive s'applique sans préjudice de la législation communautaire existante qui laisse expressément aux États membres le choix entre plusieurs options réglementaires aux fins de la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales. La présente directive devrait en particulier s'appliquer sans préjudice de l'article 13, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ⁽¹⁾.

- (15) Lorsque la législation communautaire fixe des prescriptions en matière d'information applicables à la publicité, à la communication commerciale et au marketing, les informations en question sont réputées substantielles au sens de la présente directive. Les États membres auront la faculté de maintenir ou d'instaurer des prescriptions en matière d'information liées au droit des contrats ou ayant des implications en matière de droit des contrats lorsque cette possibilité est prévue par les clauses minimales comprises dans les instruments de droit communautaire existants. On trouvera à l'annexe II une liste non exhaustive de ce type de prescriptions en matière d'information telles qu'elles figurent dans l'acquis. Étant donné que la présente directive vise à procéder à une harmonisation totale, seules les informations exigées en vertu de la législation communautaire sont considérées comme étant substantielles aux fins de son article 7, paragraphe 5. Si les États membres ont introduit des prescriptions en matière d'information au-delà ou en sus de ce qui est spécifié par la législation communautaire, en vertu des clauses minimales, le non-respect de ces prescriptions ne sera pas considéré comme une omission trompeuse au sens de la présente directive. Par contre, les États membres auront la faculté, lorsque les clauses minimales comprises dans la législation communautaire le permettent, de maintenir ou d'instaurer des dispositions plus strictes, conformes à la législation communautaire, pour assurer un niveau plus élevé de protection des droits contractuels individuels des consommateurs.

⁽¹⁾ JO L 201 du 31.7.2002, p. 37.

- (16) Les dispositions sur les pratiques commerciales agressives devraient couvrir les pratiques qui altèrent de manière significative la liberté de choix du consommateur. Il s'agit de pratiques incluant le harcèlement, la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou une influence injustifiée.
- (17) Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique, il est souhaitable d'identifier les pratiques commerciales qui sont, en toutes circonstances, déloyales. L'annexe I contient donc la liste complète de toutes ces pratiques. Il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9. Cette liste ne peut être modifiée que par une révision de la directive.
- (18) Il convient de protéger tous les consommateurs des pratiques commerciales déloyales. La Cour de justice a toutefois estimé nécessaire, lorsqu'elle a statué sur des affaires de publicité depuis la transposition de la directive 84/450/CEE, d'examiner leurs effets pour un consommateur typique fictif. Conformément au principe de proportionnalité, et en vue de permettre l'application effective des protections qui en relèvent, la présente directive prend comme critère d'évaluation le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques, selon l'interprétation donnée par la Cour de justice, mais prévoit également des dispositions visant à empêcher l'exploitation de consommateurs dont les caractéristiques les rendent particulièrement vulnérables aux pratiques commerciales déloyales. Lorsqu'une pratique commerciale s'adresse spécifiquement à un groupe particulier de consommateurs, comme les enfants, il est souhaitable que son incidence soit évaluée du point de vue du membre moyen de ce groupe. Par conséquent, il convient d'inscrire sur la liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances une disposition qui, sans édicter une interdiction totale de la publicité à destination des enfants, protège ces derniers d'incitations directes à acheter. La notion de consommateur moyen n'est pas une notion statistique. Les juridictions et les autorités nationales devront s'en remettre à leur propre faculté de jugement, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, pour déterminer la réaction typique du consommateur moyen dans un cas donné.
- (19) Lorsque certaines caractéristiques, telles que l'âge, une infirmité physique ou mentale ou la crédulité, rendent un groupe particulier de consommateurs particulièrement vulnérable à une pratique commerciale ou au produit qu'elle concerne, ou lorsque le comportement économique de ce seul groupe de consommateurs est susceptible d'être altéré par cette pratique d'une manière que le professionnel peut raisonnablement prévoir, il y a lieu de veiller à ce que ce groupe soit suffisamment protégé, en évaluant la pratique en cause du point de vue du membre moyen de ce groupe.
- (20) Il convient de prévoir un rôle pour des codes de conduite, qui permettent aux professionnels d'appliquer les principes de la présente directive de manière effective dans des domaines économiques particuliers. Dans les secteurs dans lesquels le comportement des professionnels est soumis à des exigences contraignantes spécifiques, il convient que celles-ci soient également prises en considération aux fins des exigences en matière de diligence professionnelle dans le secteur concerné. Le contrôle exercé par les responsables des codes au niveau national ou communautaire afin d'éliminer les pratiques commerciales déloyales peut éviter le recours à une action administrative ou judiciaire et devrait dès lors être encouragé. Dans le but d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, les organisations de consommateurs pourraient être informées de l'élaboration des codes de conduite et y être associées.
- (21) Les personnes ou organisations considérées, selon la législation nationale, comme ayant un intérêt légitime à agir doivent disposer de voies de recours pour engager une action contre des pratiques commerciales déloyales, soit devant un tribunal, soit auprès d'une autorité administrative compétente pour statuer sur les plaintes ou pour engager une action en justice appropriée. Bien que la charge de la preuve doive être déterminée conformément à la législation nationale, il convient que les tribunaux et les autorités administratives soient habilités à exiger des professionnels qu'ils fournissent des preuves sur l'exactitude de leurs allégations factuelles.
- (22) Il est nécessaire que les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions de la présente directive et veillent à leur mise en œuvre. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.
- (23) Étant donné que les objectifs de la présente directive, à savoir éliminer les entraves au fonctionnement du marché intérieur que constituent les législations nationales sur les pratiques commerciales déloyales et assurer un niveau commun élevé de protection des consommateurs, en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les pratiques commerciales déloyales, ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.
- (24) Il convient de procéder au réexamen de la présente directive afin de garantir que les obstacles au marché intérieur ont été traités et qu'un niveau élevé de protection des consommateurs est atteint. Ce réexamen pourrait donner lieu à une proposition de la Commission visant à modifier la présente directive, ce qui pourrait comporter une prorogation limitée de la dérogation prévue à l'article 3, paragraphe 5, et/ou une modification d'autres législations

en matière de protection des consommateurs, reflétant l'engagement pris par la Commission dans le cadre de sa stratégie pour la politique des consommateurs de réexaminer l'acquis existant afin d'atteindre un niveau commun élevé de protection des consommateurs.

- (25) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

CHAPITRE I

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier

Objectif

L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- a) «consommateur»: toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale;
- b) «professionnel»: toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel;
- c) «produit»: tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations;
- d) «pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs» (ci-après également dénommées «pratiques commerciales»): toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs;
- e) «altération substantielle du comportement économique des consommateurs»: l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement;
- f) «code de conduite»: un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs d'activité;
- g) «responsable de code»: toute entité, y compris un professionnel ou groupe de professionnels, responsable de l'élaboration et de la révision d'un code de conduite et/ou de la surveillance du respect de ce code par ceux qui se sont engagés à être liés par lui;
- h) «diligence professionnelle»: le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité;
- i) «invitation à l'achat»: une communication commerciale indiquant les caractéristiques du produit et son prix de façon appropriée en fonction du moyen utilisé pour cette communication commerciale et permettant ainsi au consommateur de faire un achat;
- j) «influence injustifiée»: l'utilisation d'une position de force vis-à-vis du consommateur de manière à faire pression sur celui-ci, même sans avoir recours à la force physique ou menacer de le faire, de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative;
- k) «décision commerciale»: toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait d'acheter, de faire un paiement intégral ou partiel pour un produit, de conserver ou de se défaire d'un produit ou d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit; une telle décision peut amener le consommateur, soit à agir, soit à s'abstenir d'agir;
- l) «profession réglementée»: une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement à des dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives à la possession de qualifications professionnelles déterminées.

*Article 3***Champ d'application**

1. La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.

2. La présente directive s'applique sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats.

3. La présente directive s'applique sans préjudice des dispositions communautaires ou nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits.

4. En cas de conflit entre les dispositions de la présente directive et d'autres règles communautaires régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent à ces aspects spécifiques.

5. Pendant une période de six ans à compter du 12 juin 2007, les États membres ont la faculté de continuer à appliquer des dispositions nationales dont la présente directive opère le rapprochement, plus restrictives ou plus rigoureuses que la présente directive et qui mettent en œuvre des directives incluant des clauses d'harmonisation minimale. Ces mesures doivent être essentielles pour garantir que les consommateurs soient protégés de manière adéquate contre les pratiques commerciales déloyales et doivent être proportionnées à cet objectif à atteindre. La révision visée à l'article 18 peut, s'il y a lieu, comprendre une proposition visant à proroger cette dérogation pour une durée limitée.

6. Les États membres notifient sans délai à la Commission toute disposition nationale appliquée au titre du paragraphe 5.

7. La présente directive s'applique sans préjudice des règles régissant la compétence des tribunaux.

8. La présente directive s'applique sans préjudice des conditions d'établissement ou des régimes d'autorisation ou des codes de déontologie ou de toute autre disposition spécifique régissant les professions réglementées que les États membres peuvent imposer aux professionnels, conformément à la législation communautaire, pour garantir que ceux-ci répondent à un niveau élevé d'intégrité.

9. Pour ce qui est des «services financiers», au sens de la directive 2002/65/CE, et des biens immobiliers, les États membres peuvent imposer des exigences plus restrictives ou plus rigoureuses que celles prévues par la présente directive dans le domaine dans lequel cette dernière vise au rapprochement des dispositions en vigueur.

10. La présente directive ne vise pas l'application des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de certification et d'indication du titre des ouvrages en métal précieux.

*Article 4***Marché intérieur**

Les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur.

CHAPITRE 2

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES*Article 5***Interdiction des pratiques commerciales déloyales**

1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.
2. Une pratique commerciale est déloyale si:
 - a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,
 - et
 - b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

3. Les pratiques commerciales qui sont susceptibles d'altérer de manière substantielle le comportement économique d'un groupe clairement identifiable de consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, alors que l'on pourrait raisonnablement attendre du professionnel qu'il prévienne cette conséquence, sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe. Cette disposition est sans préjudice de la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral.

4. En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont:

a) trompeuses au sens des articles 6 et 7,

ou

b) agressives au sens des articles 8 et 9.

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.

Section 1

Pratiques commerciales trompeuses

Article 6

Actions trompeuses

1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement:

a) l'existence ou la nature du produit;

b) les caractéristiques principales du produit, telles que sa disponibilité, ses avantages, les risques qu'il présente, son exécution, sa composition, ses accessoires, le service après-vente et le traitement des réclamations, le mode et la date de fabrication ou de prestation, sa livraison, son aptitude à l'usage, son utilisation, sa quantité, ses spécifications, son origine géographique ou commerciale ou les résultats qui peuvent être attendus de son utilisation, ou les résultats et les caractéristiques essentielles des tests ou contrôles effectués sur le produit;

c) l'étendue des engagements du professionnel, la motivation de la pratique commerciale et la nature du processus de vente, ainsi que toute affirmation ou tout symbole faisant croire que le professionnel ou le produit bénéficie d'un parrainage ou d'un appui direct ou indirect;

d) le prix ou le mode de calcul du prix, ou l'existence d'un avantage spécifique quant au prix;

e) la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation;

f) la nature, les qualités et les droits du professionnel ou de son représentant, tels que son identité et son patrimoine, ses qualifications, son statut, son agrément, son affiliation ou ses liens et ses droits de propriété industrielle, commerciale ou intellectuelle ou les récompenses et distinctions qu'il a reçues;

g) les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement selon les dispositions de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation ⁽¹⁾, ou les risques qu'il peut encourir.

2. Une pratique commerciale est également réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, et qu'elle implique:

a) toute activité de marketing concernant un produit, y compris la publicité comparative, créant une confusion avec un autre produit, marque, nom commercial ou autre signe distinctif d'un concurrent;

b) le non-respect par le professionnel d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors:

i) que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables,

et

ii) que le professionnel indique, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'il est lié par le code.

Article 7

Omissions trompeuses

1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

⁽¹⁾ JO L 171 du 7.7.1999, p. 12.

2. Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

3. Lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

4. Lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes:

- a) les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné;
- b) l'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit;
- c) le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur;
- d) les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle;
- e) pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit.

5. Les informations qui sont prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II, sont réputées substantielles.

Section 2

Pratiques commerciales agressives

Article 8

Pratiques commerciales agressives

Une pratique commerciale est réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard d'un produit, et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Article 9

Utilisation du harcèlement, de la contrainte ou d'une influence injustifiée

Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée, les éléments suivants sont pris en considération:

- a) le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance;
- b) le recours à la menace physique ou verbale;
- c) l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit;
- d) tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur;
- e) toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.

CHAPITRE 3

CODES DE CONDUITE

Article 10

Codes de conduite

La présente directive n'exclut pas le contrôle, que les États membres peuvent encourager, des pratiques commerciales déloyales par les responsables de codes de conduite, ni le recours à ces derniers par les personnes ou organisations visées à l'article 11, s'il existe des procédures devant de telles entités en sus des procédures judiciaires ou administratives visées audit article.

Le recours à de tels organismes de contrôle ne vaut en aucun cas renoncement à une voie de recours judiciaire ou administrative visée à l'article 11.

CHAPITRE 4

DISPOSITIONS FINALES

Article 11

Application de la législation

1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin de faire respecter les dispositions de la présente directive dans l'intérêt des consommateurs.

Ces moyens doivent inclure des dispositions juridiques aux termes desquelles les personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales, y compris les concurrents, peuvent:

- a) intenter une action en justice contre ces pratiques commerciales déloyales,

et/ou

- b) porter ces pratiques commerciales déloyales devant une autorité administrative compétente soit pour statuer sur les plaintes, soit pour engager les poursuites judiciaires appropriées.

Il appartient à chaque État membre de décider laquelle de ces procédures sera retenue et s'il convient que les tribunaux ou les autorités administratives puissent exiger le recours préalable à d'autres voies établies de règlement des plaintes, y compris celles mentionnées à l'article 10. Les consommateurs doivent avoir accès à ces

moyens, qu'ils soient établis sur le territoire du même État membre que le professionnel ou sur celui d'un autre État membre.

Il incombe à chaque État membre de décider:

- a) si ces moyens juridiques peuvent être mis en œuvre séparément ou conjointement contre un certain nombre de professionnels du même secteur économique,

et

- b) si ces moyens juridiques peuvent être mis en œuvre contre le responsable d'un code lorsque ce code encourage le non-respect des prescriptions légales.

2. Dans le cadre des dispositions juridiques visées au paragraphe 1, les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs les habilitant, dans les cas où ceux-ci estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général:

- a) à ordonner la cessation de pratiques commerciales déloyales ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner la cessation desdites pratiques,

ou

- b) si la pratique commerciale déloyale n'a pas encore été mise en œuvre mais est imminente, à interdire cette pratique ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner son interdiction,

même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réels, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel.

Les États membres prévoient en outre que les mesures visées au premier alinéa peuvent être prises dans le cadre d'une procédure accélérée:

— soit avec effet provisoire,

— soit avec effet définitif,

étant entendu qu'il appartient à chaque État membre de déterminer laquelle de ces deux options sera retenue.

En outre, les États membres peuvent conférer aux tribunaux ou aux autorités administratives des compétences les habilitant, en vue d'éliminer les effets persistants de pratiques commerciales déloyales dont la cessation a été ordonnée par une décision définitive:

a) à exiger la publication de ladite décision en tout ou en partie et dans la forme qu'ils jugent adéquate;

b) à exiger, en outre, la publication d'un communiqué rectificatif.

3. Les autorités administratives visées au paragraphe 1 doivent:

a) être composées de manière à ce que leur impartialité ne puisse être mise en doute;

b) avoir des pouvoirs suffisants, lorsqu'elles statuent sur des plaintes, pour surveiller et imposer de façon efficace le respect de leurs décisions;

c) motiver en principe leurs décisions.

Lorsque les pouvoirs visés au paragraphe 2 sont exclusivement exercés par une autorité administrative, celle-ci doit toujours motiver ses décisions. En outre, dans ce cas, des procédures doivent être prévues selon lesquelles tout exercice impropre ou injustifié des pouvoirs de l'autorité administrative ou tout manquement impropre ou injustifié à l'exercice desdits pouvoirs peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Article 12

Tribunaux et autorités administratives: justification des allégations

Les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs les habilitant, lors d'une procédure judiciaire ou administrative visée à l'article 11:

a) à exiger que le professionnel fournisse des preuves sur l'exactitude de ses allégations factuelles en rapport avec une pratique commerciale si, compte tenu de l'intérêt légitime du professionnel et de toute autre partie à la procédure, une telle exigence paraît appropriée au vu des circonstances du cas d'espèce,

et

b) à considérer des allégations factuelles comme inexactes si les preuves exigées conformément au point a) ne sont pas apportées ou sont jugées insuffisantes par le tribunal ou l'autorité administrative.

Article 13

Sanctions

Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive, et mettent tout en œuvre pour en assurer l'exécution. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.

Article 14

Modifications de la directive 84/450/CEE

La directive 84/450/CEE est modifiée comme suit:

1) L'article premier est remplacé par le texte suivant:

«Article premier

La présente directive a pour objet de protéger les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales et d'établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est considérée comme licite.»

2) À l'article 2:

— le point 3 est remplacé par le texte suivant:

«3. "professionnel": toute personne physique ou morale qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel.»

— le point suivant est ajouté:

«4. "responsable de code": toute entité, y compris un professionnel ou groupe de professionnels, responsable de l'élaboration et de la révision d'un code de conduite et/ou de la surveillance du respect de ce code par ceux qui se sont engagés à être liés par lui.»

3) L'article 3 bis est remplacé par le texte suivant:

«Article 3 bis

1. Pour ce qui concerne la comparaison, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont remplies:
 - a) elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 2, paragraphe 2, de l'article 3 et de l'article 7, paragraphe 1, de la présente directive ou des articles 6 et 7 de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (*);
 - b) elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif;
 - c) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, y compris éventuellement le prix;
 - d) elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent;
 - e) pour les produits ayant une appellation d'origine, elle porte dans chaque cas sur des produits ayant la même appellation;
 - f) elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents;
 - g) elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés;
 - h) elle ne soit pas source de confusion parmi les professionnels, entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent.

4) À l'article 4, le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant:

- «1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre la publicité trompeuse et faire respecter les dispositions en matière de publicité comparative dans l'intérêt des professionnels et des concurrents. Ces moyens doivent inclure des dispositions juridiques aux termes desquelles les personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre la publicité trompeuse ou à réglementer la publicité comparative peuvent:

- a) intenter une action en justice contre une telle publicité,

ou

- b) porter une telle publicité devant une autorité administrative compétente soit pour statuer sur les plaintes, soit pour engager les poursuites judiciaires appropriées.

Il appartient à chaque État membre de décider laquelle de ces procédures sera retenue et s'il convient que les tribunaux ou les autorités administratives puissent exiger le recours préalable à d'autres voies établies de règlement des plaintes, y compris celles mentionnées à l'article 5.

Il incombe à chaque État membre de décider:

- a) si ces moyens juridiques peuvent être mis en œuvre séparément ou conjointement contre un certain nombre de professionnels du même secteur économique,

et

- b) si ces moyens juridiques peuvent être mis en œuvre contre le responsable d'un code lorsque ce code encourage le non respect des prescriptions légales.»

5) À l'article 7, le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant:

- «1. La présente directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l'adoption par les États membres de dispositions visant à assurer, en matière de publicité trompeuse, une protection plus étendue des professionnels et des concurrents.»

(*) JO L 149 du 11.6.2005, p. 22.»

Article 15

Modifications des directives 97/7/CE et 2002/65/CE

- 1) L'article 9 de la directive 97/7/CE est remplacé par le texte suivant:

«Article 9

Fourniture non demandée

Étant donné que les pratiques de fourniture non demandée sont interdites par la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (*), les États membres prennent les mesures nécessaires pour dispenser le consommateur de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

(*) JO L 149 du 11.6.2005, p. 22.»

- 2) L'article 9 de la directive 2002/65/CE est remplacé par le texte suivant:

«Article 9

Étant donné que les pratiques de fourniture non demandée sont interdites par la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (*), et sans préjudice des dispositions en vigueur dans la législation des États membres relatives à la reconduction tacite de contrats à distance lorsque celles-ci permettent une telle reconduction tacite, les États membres prennent les mesures nécessaires pour dispenser le consommateur de toute obligation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement.

(*) JO L 149 du 11.6.2005, p. 22.»

Article 16

Modifications des directives 98/27/CE et du règlement (CE) n° 2006/2004

- 1) À l'annexe de la directive 98/27/CE, le point 1 est remplacé par le texte suivant:

«1. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (JO L 149 du 11.6.2005, p. 22.)»

- 2) À l'annexe du règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales responsables de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs («règlement sur la coopération en matière de protection des consommateurs») ⁽¹⁾ le point suivant est ajouté:

«16. La directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (JO L 149 du 11.6.2005, p. 22.)»

Article 17

Information

Les États membres prennent les mesures appropriées pour informer les consommateurs des dispositions de droit national qui transposent la présente directive et incitent, le cas échéant, les professionnels et les responsables de code à faire connaître leurs codes de conduite aux consommateurs.

Article 18

Révision

1. Au plus tard le 12 juin 2006, la Commission soumet au Parlement européen et au Conseil un rapport global sur l'application de son article 3, paragraphe 9, de la présente directive et en particulier sur l'application de son article 4 et de son annexe I, sur l'ampleur de toute harmonisation et simplification supplémentaires du droit communautaire en matière de protection des consommateurs et, compte tenu de l'article 3, paragraphe 5, sur toute mesure qu'il convient de prendre sur le plan communautaire afin de veiller à maintenir des niveaux appropriés de protection des consommateurs. Ce rapport est accompagné, si besoin est, d'une proposition de révision de la présente directive ou d'autres parties pertinentes du droit communautaire.

2. Le Parlement européen et le Conseil s'efforcent d'agir, conformément au traité, dans un délai de deux ans à compter de la présentation par la Commission de toute proposition présentée en vertu du paragraphe 1.

Article 19

Transposition

Les États membres adoptent et publient au plus tard le 12 juin 2007 les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive. Ils en informent immédiatement la Commission et ils lui notifient sans retard toute modification ultérieure.

⁽¹⁾ JO L 364 du 9.12.2004, p. 1.

Ils appliquent ces dispositions au plus tard le 12 décembre 2007. Lorsque les États membres adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les modalités de cette référence sont arrêtées par les États membres.

Article 20

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Article 21

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Strasbourg, le 11 mai 2005.

Par le Parlement européen

Le président

J. P. BORRELL FONTELLES

Par le Conseil

Le président

N. SCHMIT

ANNEXE I

**PRATIQUES COMMERCIALES RÉPUTÉES DÉLOYALES EN TOUTES
CIRCONSTANCES**

Pratiques commerciales trompeuses

- 1) Pour un professionnel, se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas.
- 2) Afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire.
- 3) Affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou autre alors que ce n'est pas le cas.
- 4) Affirmer qu'un professionnel (y compris ses pratiques commerciales) ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ou sans respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue.
- 5) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits en question ou des produits équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit et du prix proposé (publicité appât).
- 6) Proposer l'achat de produits à un prix indiqué, et ensuite:
 - a) refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité,
 - ou
 - b) refuser de prendre des commandes concernant cet article ou de le livrer dans un délai raisonnable,
 - ou
 - c) en présenter un échantillon défectueux,dans le but de faire la promotion d'un produit différent (amorcer et ferrer).
- 7) Déclarer faussement qu'un produit ne sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause.
- 8) S'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels le professionnel a communiqué avant la transaction dans une langue qui n'est pas une langue officielle de l'État membre dans lequel il est établi et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue sans clairement en informer le consommateur avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction.
- 9) Déclarer ou de toute autre manière donner l'impression que la vente d'un produit est licite alors qu'elle ne l'est pas.

- 10) Présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel.
- 11) Utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur (publi-reportage). Cette disposition s'entend sans préjudice de la directive 89/552/CEE ⁽¹⁾.
- 12) Formuler des affirmations factuellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou de celle de sa famille s'il n'achète pas le produit.
- 13) Promouvoir un produit similaire à celui d'un fabricant particulier de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit provient de ce même fabricant alors que tel n'est pas le cas.
- 14) Créer, exploiter ou promouvoir un système de promotion pyramidale dans lequel un consommateur verse une participation en échange de la possibilité de percevoir une contrepartie provenant essentiellement de l'entrée d'autres consommateurs dans le système plutôt que de la vente ou de la consommation de produits.
- 15) Déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas.
- 16) Affirmer d'un produit qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard.
- 17) Affirmer faussement qu'un produit est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations.
- 18) Communiquer des informations factuellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver le produit, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché.
- 19) Affirmer dans le cadre d'une pratique commerciale qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable.
- 20) Décrire un produit comme étant «gratuit», «à titre gracieux», «sans frais» ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article.
- 21) Inclure dans le matériel promotionnel une facture ou un document similaire demandant paiement qui donne au consommateur l'impression qu'il a déjà commandé le produit commercialisé alors que ce n'est pas le cas.
- 22) Faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur.
- 23) Créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit est disponible dans un État membre autre que celui dans lequel le produit est vendu.

⁽¹⁾ Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO L 298 du 17.10.1989, p. 23). Directive modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 202 du 30.7.1997, p. 60).

Pratiques commerciales agressives

- 24) Donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu.
- 25) Effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle.
- 26) Se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance, sauf si et dans la mesure où la législation nationale l'autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle. Cette disposition s'entend sans préjudice de l'article 10 de la directive 97/7/CE, et des directives 95/46/CE ⁽¹⁾ et 2002/58/CE.
- 27) Obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou s'abstenir systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels.
- 28) Dans une publicité, inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité. Cette disposition ne porte pas atteinte à l'article 16 de la directive 89/552/CEE sur la radiodiffusion télévisuelle.
- 29) Exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation, sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 97/7/CE (fournitures non demandées).
- 30) Informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du professionnel seront menacés.
- 31) Donner la fausse impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait,
- soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent,
 - soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût.

⁽¹⁾ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31). Directive modifiée par le règlement (CE) n° 1882/2003 (JO L 284 du 31.10.2003, p. 1).

ANNEXE II

**DISPOSITIONS COMMUNAUTAIRES ÉTABLISSANT DES RÈGLES EN MATIÈRE
DE PUBLICITÉ ET DE COMMUNICATION COMMERCIALE**

Articles 4 et 5 de la directive 97/7/CE

Article 3 de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait ⁽¹⁾

Article 3, paragraphe 3, de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers ⁽²⁾

Article 3, paragraphe 4, de la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs ⁽³⁾

Articles 86 à 100 de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain ⁽⁴⁾

Articles 5 et 6 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») ⁽⁵⁾

Article 1^{er}, point d), de la directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 87/102/CEE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation ⁽⁶⁾

Articles 3 et 4 de la directive 2002/65/CE

Article 1^{er}, point 9), de la directive 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 modifiant la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés ⁽⁷⁾

Articles 12 et 13 de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance ⁽⁸⁾

Article 36 de la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie ⁽⁹⁾

⁽¹⁾ JO L 158 du 23.6.1990, p. 59.

⁽²⁾ JO L 280 du 29.10.1994, p. 83.

⁽³⁾ JO L 80 du 18.3.1998, p. 27.

⁽⁴⁾ JO L 311 du 28.11.2001, p. 67. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2004/27/CE (JO L 136 du 30.4.2004, p. 34).

⁽⁵⁾ JO L 178 du 17.7.2000, p. 1.

⁽⁶⁾ JO L 101 du 1.4.1998, p. 17.

⁽⁷⁾ JO L 41 du 13.2.2002, p. 20.

⁽⁸⁾ JO L 9 du 15.1.2003, p. 3.

⁽⁹⁾ JO L 345 du 19.12.2002, p. 1. Directive modifiée par la directive 2004/66/CE du Conseil (JO L 168 du 1.5.2004, p. 35).

Article 19 de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers ⁽¹⁾

Articles 31 et 43 de la directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie ⁽²⁾ (troisième directive «assurance non vie»)

Articles 5, 7 et 8 de la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation ⁽³⁾

⁽¹⁾ JO L 145 du 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ JO L 228 du 11.8.1992, p. 1. Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 35 du 11.2.2003, p. 1).

⁽³⁾ JO L 345 du 31.12.2003, p. 64.

INDEX ALPHABÉTIQUE.

A

Abus de faiblesse 97, 112, 353, 475
Action de groupe . 268, 301, 449, **452–455**,
457, 458, 460, 466, 497
Âge . . 39, **76**, 76, **77, 78**, 90, 101, 166, 262,
317, 348, 354
Aléa 344, 346, 464, 465, 485, 486
Auteur **64**
Avis
 De consommateurs **66**, 67, 68, 133, 230
 De professionnels . . . 57, 58, 125, 138,
 215, 217–219, 231, 236, 237, **285**,
 352, 358–360, 402, 405, 434

B

Blog 66, 67
Blurb 217, 218
Bonne foi . 18, 19, 32, 33, 78, 96, 111, 116,
198, 228, 237, 244, 254–258, **259**,
293, 297, 314–316, 318, 328, 339,
343, 346, 349, 356, 357, 362, 364,
372, 374, 376, 383–385, 388, 397,
402, 486, 514
Breach of duty 217, 436
Bruxelles I 44

C

CATALA (avant-projet) . 321, 329, 351, 372,
380, 387, 399, 421, 440, 464, 479,
487, 514
Clauses abusives . . . 28, 33, 41, 42, 73, 254,
311, 314, 317, 377, **381–385**, 398,
456
Concurrence déloyale 18, 27, 34, 45, 46, 48,
59, 61–63, 65, 68, 74, 80–83,
84–88, 96, 98, 123, 126, 129, 133,
141, 146, 150, 172, 181, 189, 193,
194, 196–200, 205, 214, 233, 235,
239, 244, 251, 256–258, 261,
276–283, 289, 290, 292, 293, 296,
297, 300, 306, 307, 375, 398, 399,
416, 417, 430, 432, 433, 438, 441,
445, 453, 467, 469, 484, 501
Confusion . 84–86, 134–136, 141, 169, 170,
187, 189, 191, 195–200, 238, 242,
244, 249, 259, 275, 281, 282, 292,
445, 484
Contrainte . 92, 98–101, **110**, 110, **111**, 112,
116, 118, 352, 477
Contrat 303, 304, 307, 309, **310–319**,
320–340
Cookies **114, 115**, 511
Copyright voir Droit de propriété
intellectuelle

COULON (Rapport) 196, **301**
 Courriel 93, 98, 103–105, 108, 168
 Crédulité 39, 76, 77, 90, 101, 166, 262, 348,
 486

D

Démarchage . . 55, 56, 73, 77, 93, 102, 103,
 108, 109, 113, 114, 160, 355
 Dénigrement . 58, 59, 64, 68, 81, **84**, 84, 85,
 226, 233, 234, 259, 262, 275, 279,
 280, 292, 407
 Désorganisation 84, **85**, 120, 292
 DCFR 95, 326, 333, 371, 408, 434, 435, 479
Deceit . . 178, **214**, 214, **215–217**, **219**, **220**,
223–225, 225, 226, 228, 279, 357,
 358, 364, 403, 413, 428, 444, 469,
 484, 494
 Diffamation . . **229–231**, **233**, **234**, 417, 424,
 425, 427, 430, 446, 469, 483, 494,
 495
Libel 218, 230–232
Slander 229–233
 Diligence 19, 32, 39, 54, 84–86, 90, 91, 118,
 211, 219, 220, 222, 230, 236, 237,
 253, **254**, 254, **255–258**, 259–261,
 263, 264, 267, 273, 292, 293, 296,
 318, 346, 356, 361, 364, 365, 382,
 397, 399, 400, 404, 405, 507
 Dilution 249, 281, 282, 501
 Dommages-intérêts nominaux . . 420, 425,
 433, **436**, **468**, **469**, 490, 503
 Données personnelles . . 104, 431, 507–511
 Droit de propriété intellectuelle . . 197, 218,
 242

E

Éditeur 194, 199, 218
 Enrichissement injuste . . 24–28, 243, 362,
 431, 446, 462, 471–477, 479, 484,
 487, 503, 504, 515
 Entente . . 33, 120, 142, 277, 283, **290–292**,
 292, 293, 297, 298, 305, 306

Environnement . . 146, 166, 180–185, 254,
 268, 431, 432

Envoi forcé . . *voir* Vente ou prestation sans
 commande préalable

Espoir de gain 485

F

FAI 103–105, 107, 177, 467, 510
Forum shopping 46, 49
Fraud . . 107, 178, 216, 217, 222, 223, **224**,
235, 278, 281, 287, 289, 358, 362
 FTC . . . 133, 138, 177, 216, 217, 283, 300,
 302, 307, 448, 507–510

G

Gain . 24–27, 222, 225, 288, 423, 428, 434,
 436, 437, 439, 442–444, 446, 455,
 461, 463–465, 470–473, 475, 476,
 479–488, 491, 492, 497, 514–516
 Gratuité . . 97, 99, 136, **139**, 156, **191**, 268

H

Hébergeur 68, 194, 199
 Harcèlement . 92, 93, 97, 98, 100, **101**, 101,
102, **104**, **105**, **110**, 110, 111, 116,
 118, 124, 166, 350

I

Imitation 155, 169, 197, 279–282
 Imprudence . . 87, 118, 123, 221, 228, 394,
 399, 404
Inducing breach of contract . **283**, **284**, **289**,
290, 290
 Influence injustifiée . 92, 99–102, 110, 111,
112, **116**, 118, 352, 390, 475
 Intérêt collectif 421, 431, 433, 434,
 450–452, 468
 Intérêt général . . 31, 32, 131, 132, 144, 146,
 149, 160, 185, 256, 295, 296, 374,
 431, 451, 457
 Intention
 Contractuelle . 109, 129, 130, 166, 186,
 204, 205, 207, 224, 225, 244, 310,

- 312–314, 321, 324, 330, 338, 347,
358, 359, 363–365, 370, 399
- Délictuelle 17, 18, 31, 48, 87, 105–107,
118–124, 130, 164, 178, 214, 215,
219, 221–224, 227, 228, 232, 235,
244, 256, 257, 259, 270, 278, 284,
285, 287, 289–292, 400, 415, 416,
419, 478, 508
- Internet 22, 43, 46, 48, 58, 66, 67, 77,
103–105, 107, 167, 174, 194,
197–199, 206, 250, 272, 361, 379,
433
- Intimidation . . 78, 107, 119, 120, **124**, 124,
125, **126**, 287, 289, 290, 350, 494
- Invitation à l’achat . . 56, 58, 109, **206–208**,
212, 318, 323, 345
- J**
- Justice corrective 24–28, 438, 474, 480, 482
- Justice distributive 25, 474
- K**
- Keywords* voir Mots clés
- L**
- Lanham Trademark Act* . 27, **133**, 135, 189,
241, 246, 247, 258, 261, 280, 281,
293, 300
- Law & Management* 25, 455, **470**
- Libéralisme . . 74, 123, 145, 146, 150, 170,
171, 273, 280, 287, 296, 353, 374,
406, 488, 489
- Liberté d’expression 59, 142, 146, **148–150**
- Libre circulation 74, 115, 142, **143**,
143–145, 155, 167, 510, 511
- Loteries 77, 82, 97, 139, 162, **269–271**, 274,
275, 396, **485**
- M**
- Malice* . . 106, 227, 228, 232, 251, 287, 297,
402, 417, 424, 437, 474, 494, 495
- Malicious falsehood* . . 214, **225**, **227**, **229**,
235, **247**, 280, 417, 424, 494, 495
- Marketing en embuscade 187–189
- Meta-tags voir Mots clés
- Misrepresentation* . 107, 215, 240, 241, 247,
249, 289, 354, 355, 357, 358,
362–364, 390, 424
- Mots clés 198–201
- N**
- Négligence . . 87, 106, 118, 219–222, 227,
229, 236, 237, 256, 257, 287, 289,
290, 508
- Nom de domaine 56, 197, 198, 244
- O**
- Offre conjointe 53, 56, 266
- Opt-in 93, 168, 453, 454, 459
- Opt-out 93, 168, 453–455, 458
- Ordre public 17, 48, 49, 121, 146, 148, 198,
276, 308, 318, 322, 363, 364, **373**,
374, 394, 487, 488
- P**
- Parasitisme et agissements parasitaires . 81,
84, **85**, **86**, 133, 169, 172, 189,
190, 197, 238, 239, 242, 275, 292,
293, 433, 473, 482, 483
- Parrainage . . 134, 155, 156, 160, 163, 164,
185–190, 198, 241, 282
- Passing off* 22, 34, 185, 189, 200, 214, **235**,
235, **239**, **243–249**, 277, 279, 281
- Passing on defence* . 27, 448, 457, 465, 476
- PAVIE (avant-projet) 333, 339, 371
- Perte . . 24–27, 31, 103, 105, 107, 129, 136,
215, 228, 230, 233, 249, 256, 273,
288, 290, 510, 511
- Perte de chance . . 414, 461, **463–465**, **468**
- PETL 415, 416, 420
- Prédation 97, 128–130, 140, 180, 341
- Principe de légalité 174, 307, 395, 404, 470,
496, 497, 504, 506

Principes du droit européen des contrats :

Commission Lando . 314, 321, 322,
325, 326, 329, 333, 351

Private enforcement ... 124, 296–298, 300,
306, 361, 496

Prix d'appel 129, 272, 273

Procédés hyperboliques .. 39, 90, 134, 160,
174, 186, **216**, 216, 226, 247, 264,
280, 359, 360, 365, 374, 402

Promissory fraud 224, 338

Promotion pyramidale 35, 136, 141

Publicité appât voir Prédation

Q

Quasi-contrat 472, 481, 485, 486

R

Réputation 67, 85, 149, 182, 190, 214, 218,
229, 230, 233–235, 245, 248–250,
280, 288, 425, 427, 429, 430, 483

Right of privacy 243, 245, 441

Right of publicity 243, 244, 246, 441

Risque de dommage 461, 462

Rome II 43, 48, 49, 488

S

Sécurité juridique ... 36, 41, 43, 49, 51, 73,
101, 205, 256, 297, 312, 315, 316,
321, 336, 376, 423, 442, 466, 504,
506

Signe distinctif. 22, 85, 140, 169, 195,
197–200, 244, 249, 268, 276, 279,
281, 282, 293, 307, 368, **374**, **375**,
423, 442, 502

Silence . 216, 217, 313, 330, **331–334**, 340,
358, 359, 370

Soldes 131, 132, 191

Spam 103, 105, 107

Surinformation 203, 205

T

Téléphonie 93, 98, 102, 103, 105, 108, 109,
146, 162, 265, 322, 323, 379, 460,
462

TERRÉ (proposition) ... 328, 334, 339, 397,
420, 429, 431, 443, 464, 478, 479,
514

TFUE 33, 70, 142–146, 148, 156, 160, 292,
303–305

Tort **17**, 17, 18, 26, 104, 119, 121, 123–125,
189, 190, 214, 219, 223–226, 228,
230, 233, 235–237, 239, 245, 289,
292, 298, 301, 302, 310, 350, 364,
393, 394, **401**, **402**, 403, 404, 407,
408, 412, 415, 416, 418, 419, 423,
425, 427, 436, 446, 447, 455, 469,
473, 474, 480, 483, 484, 491, 496,
501, 508

Tortious interference 105, 289

Trouble commercial 88, 416, **432**, 432, **433**,
445

TUE 303, 304

U

Unlawful means Tort ... **119**, 119, **235**, 235,
287, 291

V

Vente à la boule de neige 136, 276

Vente à perte 81, 129–131, **272**, **273**

Vente ou prestation de service avec prime
81, 82, 267, 268

Vente ou prestation de service
subordonnées ... 81, 210, 271, 272

Vente ou prestation sans commande
préalable 41, 95, 139, 276,
331–333, 389

Victime **69**

Vie privée 94, 101, 102, 109, 113–115, 167,
243–245, 425, 430, 434, 441, 507,
510, 512

Bibliographie.

Ouvrages, traités, manuels et thèses.

ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS, Code européen des contrats : avant-projet (Pavie), Ed. de poche rev. et corr, Milano : A. Giuffrè, 2004, 752 p. ISBN : 8814106088. KJE1640 .A28 2004.

ALLEN D.K., MARTIN R. et HARTSHORNE J.T., Damages in tort, London : Sweet & Maxwell, 2000 (Tort Law Library). ISBN : 042158310X 9780421583108.

AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement, Second, Torts, St. Paul, Minnesota : American Law Institute Publishers, 1977.

ANDOH B. et MARSH S., Civil remedies, Aldershot ; Brookfield, USA : Dartmouth, 1997, 386 p. ISBN : 1855217880. KD7576 .A96 1997.

ANSON W. R. et BEATSON J., Anson's law of contract, 28th ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2002, 739 p. ISBN : 0198765762. KD1554 .A95 2002.

ARISTOTE, Éthique à Nicomaque, traduit par J. TRICOT, Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 1959 (Bibliothèque des textes philosophiques). ISBN : 9782711600229 271160022X.

ARISTOTE, La morale et la politique, traduit du grec par M. THUROT, Paris : Didot, 1823.

ARROYO ZAPATERO L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE I., FERRÉ OLIVÉ J.C., GARCÍA RIVAS N., SERRANO PIEDECASAS J.R. et TERRADILLOS BASOCO J.M. (dirs.), Comentarios al Código penal, Madrid : Iustel, 2007. ISBN : 9788496717213 8496717216.

ART J.-Y. et INSTITUT DE DROIT DE LA CONCURRENCE (Paris) (dirs.), New frontiers of antitrust 2011, Brussels : Bruylant, 2012. ISBN : 9782802735922 2802735926.

ARVIND T. T. et STEELE J. (dirs.), Tort law and the legislature : common law, statute and the dynamics of legal change, Oxford ; Portland, Or. : Hart Publishing, 2013, 502 p. ISBN : 9781849461405. K923 .T678 2013.

ASHTON D., HENRY D., MAIER-RIGAUD F. et SCHWALBE U., Competition damages actions in the EU : law and practice, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, USA : Edward Elgar, 2013 (Elgar competition law and practice), 277 p. ISBN : 9781782540755. KJE6456 .A987 2013.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA et ARMIJO CHÁVARRI E., Análisis de la reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad, llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, 1a. edición, Las Rozas, Madrid [Spain] : La Ley, 2011 (Temas / La Ley), 183 p. ISBN : 9788481269529. KKT3220.A67 A86 2010.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, La concurrence, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.). ISBN : 978-2-908199-76-9.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT., CORNU G., MALINVAUD PH., CORNU M., GORÉ M. et LEQUETTE Y., Vocabulaire juridique, Paris : Presses universitaires de France, 2014. ISBN : 9782130624639.

ATTUEL-MENDES L. et FÉDÉRATION NATIONALE POUR LE DROIT DE L'ENTREPRISE, Consentement et actes juridiques, Paris : Litec, 2008 (Bibliothèque de droit de l'entreprise, 77), 475 p. ISBN : 9782711011186. KJV1710 .A95 2008.

AUDIT B., Droit international privé, 7^e édition, Paris : Economica, 2013 (Corpus droit privé). ISBN : 978-2-7178-6599-8.

AZAR-BAUD M.-J., Les actions collectives en droit de la consommation : études de droit français et argentin à la lumière du droit comparé, Paris : Dalloz, 2013.

BACACHE-GIBEILI M., Traité de droit civil. Tome 5. Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle, 2^e éd., Paris : Economica, 2012. ISBN : 9782717861372 2717861378.

BALATE E., Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur : premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen : Colloque organisé à Bruxelles les 3 et 4 février 1994, par l'A.D.Br. et le Centre de droit privé et de droit économique de L'Université libre de Bruxelles, Bruxelles : Bruylant, 1994. ISBN : 2802709402 9782802709404.

BALLOT-LÉNA A., La responsabilité civile en droit des affaires : des régimes spéciaux vers un droit commun, Paris : L.G.D.J., Lextenso éditions, 2008 (Bibliothèque de droit privé, t. 493), 560 p. ISBN : 9782275033426. KJV2009 .B35 2008.

BARONA VILAR S., Competencia desleal : tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional : doctrina, legislación y jurisprudencia, Valencia : Tirant lo Blanch, 2008. ISBN : 9788498762464 8498762464 9788498762440 8498762448 9788498762457 8498762456.

BAUDOUIN J.-L., JOBIN P.-G. et VÉZINA N., Les obligations, 7^e éd, Cowansville, Québec : Éditions Y. Blais, 2013, 1755 p. ISBN : 978-2-89635-629-4. KEQ365 .B39 2005.

BEATSON J. et FRIEDMANN D. (dirs.), Good faith and fault in contract law, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995, 531 p. ISBN : 0198259239. K840 .G665 1995.

BEATSON J. et SCHRAGE E. J. H. (dirs.), Unjustified enrichment, Oxford ; Portland, Or : Hart Pub, 2003 (Casebooks on the common law of Europe), 585 p. ISBN : 1841131261. K920 .U548 2003.

BEAUCHARD J., COUV RAT P. et CORNU G., Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu, Paris : Presses Universitaires de France, 1994. ISBN : 2130466176 9782130466178.

BECQUET S., Le bien industriel, Paris : L.G.D.J, 2005 (Bibliothèque de droit privé, t. 448), 531 p. ISBN : 2275026967. KJV3248 .B43 2005.

BEIGNIER B., BLÉRY C. et THOMAT-RAYNAUD A.L., Introduction au droit, Issy-les Moulineaux : LGDJ-Lextenso éditions, 2014. ISBN : 9782275041063 2275041060.

BENNION F.A.R., Understanding common law legislation : drafting and interpretation, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2001, 237 p. ISBN : 0199247773. K284 .B46 2001.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., ÁLVAREZ OLALLA M.P. et ESPAÑA, Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación, Elcano (Navarra : Aranzadi, 2000. ISBN : 8484104036 9788484104032.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (dir.), Tratado de contratos, Valencia : Tirant lo Blanch, 2009. ISBN : 978-84-9876-504-5 978-84-9876-499-4 978-84-9876-500-7 978-84-9876-501-4 978-84-9876-502-1 978-84-9876-503-8.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R., Comentarios al Código civil, Valencia : Tirant lo Blanch, 2013 (Tratados). ISBN : 9788490334140 8490334145 9788490337349 8490337349 9788490337363 8490337365 9788490337387 8490337381 9788490337400 8490337403 9788490337424 849033742X 9788490337448 8490337446 9788490337462 8490337462 9788490337486 8490337489 9788490337509 8490337500.

BERENGER F., Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2007. ISBN : 9782731405729. KJV5622 .B47 2007.

BERMINGHAM V. et BRENNAN C., Tort law, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010 (Directions), 305 p. ISBN : 9780199574353. KD1949.6 .B47 2010.

BERNSTEIN R., Economic loss, 2nd éd., London : Sweet & Maxwell, 1998. ISBN : 0752004247 9780752004242.

BEVERLEY-SMITH H., Commercial appropriation of personality, Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2002. ISBN : 0511020341 9780511020346 0521800145 9780521800143 0511047401 9780511047404 0511177577 9780511177576 9780511495229 0511495226.

BIRKS P., An introduction to the law of restitution, Oxford [Oxfordshire] : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1985, 455 p. ISBN : 0198760744. KD1924 .B57 1985.

BIRKS P. (dir.), English private law, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2000 (Oxford English law, II), 1084 p. ISBN : 0198765002. KD720 .E54 2000.

BLATT R.L., Hammesfahr R.W. et Nugent L.S., Punitive damages : a state by state guide to law and practice, St. Paul, Minn : West Pub. Co., 1991 (West's handbook series).

BLOCH C., GUETTIER C. et GIUDICELLI A., Droit de la responsabilité et des contrats, Paris, France : Dalloz, 2012.

BOMSEL O., Gratuit : du déploiement de l'économie numérique, Paris : Gallimard, 2007 (Collection Folio actuel, 128), 305 p. ISBN : 9782070339570. HC79.I55 B66 2007.

BORÉ L., La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, Paris : L.G.D.J, 1997 (Bibliothèque de droit privé, t. 278), 507 p. ISBN : 2275015353. KJV3946 .B67 1997.

BOUCHON F. et BON J., L'évaluation des préjudices subis par les entreprises [droit à l'indemnisation, évaluation du préjudice, exécution], Paris : Litec, 2002. ISBN : 2711134016 9782711134014.

BOURGOIGNIE T., Eléments pour une théorie du droit de la consommation : au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne, Bruxelles : E. Story-Scientia : Distributed by Ed. Bruylant, 1988. ISBN : 9064394563 9789064394560.

BROWNSWORD R., Contract law : themes for the twenty-first century, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2006, 332 p. ISBN : 0199287619. KD1554.Z9 B76 2006.

BRUN A. et JOSSE RAND L., Rapports et Domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Paris, France : Libr. du « Recueil Sirey », 1931, 391 p.

BRUN PH., Responsabilité civile extracontractuelle, Paris : LexisNexis, 2014. ISBN : 9782711017362 2711017362.

BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., Droit civil les obligations, Paris : Sirey : Dalloz, 2014. ISBN : 978-2-247-13769-5 .

BULLIER A.J., La Common law, Paris : Dalloz, 2012, ISBN : 9782247105977 2247105971 2247071414 9782247071418.

BURDICK F.M., Law of Torts, Washington, D.C. : Beardbooks, 2000.

BURROWS A. S., A restatement of the English law of unjust enrichment, First edition, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2012, 197 p. ISBN : 9780199669899. KD1924 .B874 2012.

BURROWS A.S., *The law of restitution*, 2nd ed, Croydon : Butterworths LexisNexis, 2002, 639 p. ISBN : 0406932441. KD1924 .B87 2002.

BUSSANI M. et PALMER V.V., *Pure economic loss in Europe*, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2003 (Cambridge studies in international and comparative law ; The Common core of European private law project, 28), 589 p. ISBN : 0521824648. KJC1620 .P87 2003.

BUSTO LAGO J.M. et REGLERO CAMPOS L.F. (dirs.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a éd., Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi-Thomson Reuters, 2013. ISBN : 9788490140819 8490140812.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA L.M., *La Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1998, 359 p. ISBN : 8488973705. KKT858 .C32 1998.

CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats*, Paris : L.G.D.J, Lextenso éditions, 2012 (Systèmes. Droit), 201 p. ISBN : 9782275037387. KJE1640 . C33 2012.

CABRILLAC R., *Droit des obligations*, 11^e édition, Paris : Dalloz, 2014, ISBN : 9782247136834 2247136834.

CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, 9^e édition, Paris : Dalloz, 2011 (Cours Dalloz Série droit privé), 272 p. ISBN : 9782247108954 9782247108954.

CABRILLAC R., MAZEAUD D., PRUM A., UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG, FACULTÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE FINANCE et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dirs.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain : actes du colloque du 22 juillet 2007*, Paris, France : Société de législation comparée, 2008 (Droit privé comparé et européen, vol. 8). ISBN : 9782908199680 2908199688.

CALAIS-AULOY J. et KRAUSZ C. (dirs.), *Etudes de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, 1197 p. ISBN : 224705496X. KJV5622 .E893 2004.

CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 7^e éd, Paris : Dalloz, 2006 (Précis Dalloz. Droit privé), 681 p. ISBN : 2247068413. KJV5622 .C347 2006.

CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, 9^e éd, Paris : Dalloz, 2015 (Précis. Droit privé), 721 p. ISBN : 978-2-247-13949-1 .

CALAMARI J.D. et PERILLO J.M., *The law of contracts*, 4th ed, St. Paul, Minn : West Group, 1998 (Hornbook series), 955 p. ISBN : 0314211675. KF801 .C26 1998.

CANE P., *Tort law and economic interests*, 2nd ed, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1996, 518 p. ISBN : 0198764308. K923 .C36 1996.

CANIVET G. et BRUNET F., *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2008. ISBN : 9782275033082 2275033084.

CARBONNIER J., *Droit civil.*, Paris : Presses universitaires de France, 2000. ISBN : 2130505252 9782130505259.

CARBONNIER J., *Obligations*, [s.l.] : [s.n.], [s.d.].

CARTWRIGHT J., *Misrepresentation, mistake and non-disclosure*, Third edition, London : Sweet & Maxwell, 2012 (Contract law library), 879 p. ISBN : 9780414049550. KD1583 .C37 2012.

CARTY H., *An Analysis of the Economic Torts*, Second Edition, [s.l.] : Oxford University Press, 25 novembre 2010, 364 p. ISBN : 978-0-19-954674-9.

CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris : L.G.D.J, 1995 (Bibliothèque de droit privé, t. 250), 417 p. ISBN : 2275003231. KJV2030 .C37 1995.

CAS G. et FERRIER D., *Traité de droit de la consommation*, 1re éd, Paris : Presses universitaires de France, 1986, 592 p. ISBN : 2130392709. KJV5622 .C37 1986.

CASSELS J. et ADJIN-TETTEY E.A., *Remedies : the law of damages*, 2nd éd., Toronto : Irwin Law, 2008 (Essential of Canadian Law), 531 p. ISBN : 9781552211496 1552211495.

CASTETS-RENARD C., *Droit de l'internet*, Éd. 2010, Paris : Montchrestien, 2010 (Cours), 593 p. ISBN : 9782707616319. KJV333.C65 C375 2010.

CATALA P. et FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Paris : La Documentation française, septembre 2005, 208 p.

CHAGNY M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, [s.l.] : [s.n.], 2004. ISBN : 9782247098897 2247098894.

CHAINAIS C. et FENOUILLET D. (dirs.), *Les sanctions en droit contemporain*, Paris : Dalloz, 2012 (L'esprit du droit). ISBN : 9782247110223. KJV4762 .S27 2012.

CHAMBERS R., MITCHELL C. et PENNER J.E. (dirs.), *Philosophical foundations of the law of unjust enrichment*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, 446 p. ISBN : 9780199567751. K920 .P47 2009.

CHARTIER Y., *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 1983, 1050 p. ISBN : 2247004121. KJV2072 .C48 1983.

CHEN-WISHART M., Contract law, 2nd ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, 678 p. ISBN : 9780199207169. KD1554 .C468 2008.

CHRISTIE G.C. et MEEKS J.E., Cases and materials on the law of torts, 2nd ed, St. Paul, Minn : West Pub. Co, 1990 (American casebook series), 1264 p. ISBN : 0314693718. KF1249 .C48 1990.

CLAMOUR G., Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Paris : Dalloz, 2006 (Nouvelles bibliothèque de thèses, v. 51), 1044 p. ISBN : 9782247066230. KJV5549 .C58 2006.

CLERK J. F., DUGDALE A.M. et LINDSELL W. H. B., Clerk & Lindsell on torts, 19th ed, London : Sweet & Maxwell, 2005 (The common law library), 2144 p. ISBN : 0421888903. KD1949 .C54 2006.

CONAGHAN J. et MANSELL W., The wrongs of tort, 2nd ed, London ; Sterling, Virginia : Pluto Press, 1999 (Law and social theory), 253 p. ISBN : 0745312934. KD1949 .C66 1999.

CONDOMINES A., Guide pratique du droit français de la concurrence, Issy-les-Moulineaux : Gualino-Lextenso éditions, 2014. ISBN : 9782297038706 2297038704.

CONFÉDÉRATION DES JURISTES CATHOLIQUES DE FRANCE, L'éthique du droit des affaires : actes du XXIIe colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Paris, 2 décembre 2006, Paris : Téqui, 2008, 143 p. ISBN : 9782740314609. KJV2998 .C66 2006.

COSGROVE R.A., Our lady the common law : an Anglo-American legal community, 1870-1930, New York : New York University Press, 1987, 330 p. ISBN : 081471403X KD671 .C67 1987.

COULON J.-M. (dir.), La dépenalisation de la vie des affaires : rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, Paris : Documentation française, 2008 (Rapports officiels), 133 p. ISBN : 9782110071293. KJV3237 .D47 2008.

CROSS F.B., The theory and practice of statutory interpretation, Stanford, Calif : Stanford Law Books, 2009, 233 p. ISBN : 9780804759120. KF425 .C76 2009.

DALLER M.F., Business Torts 2011 A Fifty State Guide., [s.l.] : Aspen Pub, 2010. ISBN : 9780735592803 0735592802.

DEAKIN S.F., JOHNSTON A.C. et MARKESINIS B.S., Markesinis and Deakins Tort Law, 6th ed, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 2008, 1056 p. ISBN : 9780199282463. KD1949 .M37 2008.

DECOCQ A. et DECOCQ G., Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2012. ISBN : 9782275038025 2275038027.

DEFFAINS B. et LANGLAIS E., Analyse économique du droit principes, méthodes, résultats, Bruxelles : De Boeck, 2009. ISBN : 9782804158453 2804158454.

DELEBECQUE PH. et PANSIER F.J., Droit des obligations. [1], [1], Paris : LexisNexis, 2013. ISBN : 9782711018369 2711018369.

DELEBECQUE PH. et PANSIER F.J., Droit des obligations : régime général, Paris : LexisNexis, 2012. ISBN : 9782711017010 271101701X.

DELEBECQUE PH. et PANSIER F.J., Droit des obligations, Paris : Litec, 2001. ISBN : 2711133605 9782711133604 2711002926 9782711002924.

DELIYANNIS J., La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle, R. Pichon : R. Durand-Auzias, Paris, 1952.

DEMOGUE R., Traité des obligations en général, I, Source des obligations., Paris, France : Arthur Rousseau éditeur, 1923 (Tome I).

DESCARTES R. et LIARD L., Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences : Extraits des méditations métaphysiques, Paris, France : Garnier frères, impr. 1960, 1960, 190 p.

DEVENNEY J. et KENNY M. (dirs.), European consumer protection : theory and practice, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2012, 462 p. ISBN : 9781107013018. HC240.9.Z9.C63 E96 2012.

DEVLIN P., The enforcement of morals, London ; New York : Oxford University Press, 1965, 139 p. ISBN : 0192850180. KF450.P8 D48 1965.

DOBBS D.B., The law of torts, St. Paul, Minn : West Group, 2000 (Hornbook series), 1604 p. ISBN : 031421187X. KF1250 .D59 2000.

DOBBS D.B., Law of remedies : damages, equity, restitution, 2nd ed, St. Paul, Minn : West Pub. Co, 1993 (Hornbook series), 972 p. ISBN : 0314011234. KF9010 .D6 1993b.

DOBBS D.B. et BUBLICK E.M., Cases and materials on advanced torts : economic and dignitary torts : business, commercial, and intangible harms, St. Paul, MN : Thomson/West, 2006 (American casebook series), 751 p. ISBN : 9780314151032. KF1249 .D595 2006.

DOBBS D.B., HAYDEN P.T. et BUBLICK E.M., Torts and compensation : personal accountability and social responsibility for injury, Seventh edition, St. Paul, MN : West, 2013 (American casebook series), 1107 p. ISBN : 9780314278623. KF1250 .D6 2013.

DORANDEU N. et CENTRE DE DROIT DE LA CONCURRENCE PERPIGNAN, Le dommage concurrentiel, Perpignan : Presses universitaires de Perpignan, 2000 (Collection Études), 382 p. ISBN : 2908912945. KJV5610 .D67 2000.

EDELMAN J., Gain-based damages : contract, tort, equity, and intellectual property, Oxford ; Portland, Or. : Hart, 2002, 279 p. ISBN : 1841133345. KD703.D3 E34 2002.

ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, Concurrence, consommation, 2015-2016, Levallois : Éditions Francis Lefebvre, 2014. ISBN : 978-2-36893-058-8.

ELLIOTT C. et QUINN F., Tort law, 7th ed, Harlow, England ; New York : Pearson Longman, 2009, 439 p. ISBN : 9781405899338. KD1949 .E44 2009.

EMMET D., The City Law School (London), Bobb-Semple C., Browne J., Duncan N., Emmet D., Halpern A., Hungerford-Welch P., McPeake R., Rose W., Taylor M. et Walsh N., Remedies, Oxford : Oxford University Press, 2010, 267 p. ISBN : 9780199591831 0199591830.

EPSTEIN R.A., Torts, Gaithersburg, [Md.] : Aspen Law & Business, 1999, 701 p. ISBN : 0735500479. KF1249 .E673 1999.

EROGLU M., Multinational enterprises and tort liabilities : an inter-disciplinary and comparative examination, Cheltenham, UK : Northampton, Mass : Edward Elgar Pub, 2008 (Corporations, globalisation, and the law), 324 p. ISBN : 9781848440319. K1329.5 .E76 2008.

FABRE R., BONNET-DESPLAN M.P., SERMET N. et GENTY N., Droit de la publicité et de la promotion des ventes, Paris : Dalloz, 2014. ISBN : 9782247078974 2247078974.

FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, 3e éd. mise à jour, Paris : Presses universitaires de France, 2012 (Thémis). ISBN : 9782130594840.

FABRE-MAGNAN M., De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie, Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1992 (Bibliothèque de droit privé, t. 221), 573 p. ISBN : 2275005889. KJV1668 .F32 1992.

FAIRGRIEVE D. et MUIR WATT H., Common law et tradition civiliste, [Paris] : Presses universitaires de France, 2006. ISBN : 2130555586 9782130555582.

FAIRGRIEVE D. (dir.), The influence of the French Civil Code on the common law and beyond, London : British Institute of International and Comparative Law, 2007, 517 p. ISBN : 9781905221011. K588.A6 I54 2007.

FARJAT G., DOLLEY E. LE, BERGEL J.-L. et BONNEAU T., Les concepts émergents en droit des affaires, Paris : LGDJ-Lextenso, 2010. ISBN : 9782275035833 2275035834.

FELDTUSEN B.P., Economic Negligence : the recovery of pure economic loss, 4th ed, Scarbourogh, Ontario : Carswell, 2000, 315 p. ISBN : 0459239643. K938 .F45 2000.

FERNÁNDEZ ROZAS J.C. et SÁNCHEZ LORENZO S., Derecho internacional privado, Madrid : Civitas, 2004. ISBN : 8447022757 9788447022755.

FERRAND F., Droit privé allemand : 1997, Paris : Dalloz, 1997. ISBN : 2247025706 9782247025701.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations. 1 L'acte juridique, 16^e éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2014, ISBN : 978-2-247-14123-4.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., Les obligations, le fait juridique, 14^e éd, Paris : Sirey, 2011 (Sirey université), 533 p. ISBN : 9782247110360.

FONT GALÁN J.I. et PINO ABAD M., Estudios de derecho de la competencia, Madrid : Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cordoba : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005 (Derecho / Marcial Pons), 548 p. ISBN : 8497682270. KKT3220 .E88 2005.

FOUILLAND J., Allen V. Flood. Le Boycottage, Les Listes Noires Et Les Autres Instruments de Contrainte Syndicale Devant La Loi Civile.–Les Deux Courants Actuels de jurisprudence.–Les origines du courant libéral., Paris : Giard, 1922.

FOURGOUX J.-L., Guide du contentieux de la concurrence, Paris : Cedat, 1997. ISBN : 2867490235 9782867490231.

FRIDMAN G. H. L., The law of contract in Canada, 3rd ed, Toronto : Carswell, 1994, 853 p. ISBN : 0459557939. KE850 .F75 1994.

FRION J.J. et LUCAS A., L'agissement parasitaire, Thèse de doctorat, Université de Nantes, France, 2001, 366 p.

FRISON-ROCHE M.A. et PAYET M.S., Droit de la concurrence, 1^{re} éd, Paris : Dalloz, 2006 (Droit privé), 451 p. ISBN : 2247041086. KJV5595 .F75 2006.

FROMONT M., Grands systèmes de droit étrangers, 7^e édition, Paris : Dalloz, 2013 (Les mémentos). ISBN : 9782247129935 2247129935.

FULLER L.L. et EISENBERG M.A., Basic contract law, 6th ed, St. Paul, Minn : West Pub. Co, 1996 (American casebook series), 1078 p. ISBN : 0314072071. KF801.A7 F824 1996.

GARNER B.A. et BLACK H.G. (dirs.), Black's law dictionary, 9th ed, St. Paul, MN : West, 2009, 1920 p. ISBN : 9780314199492. KF156 .B53 2009.

GERHART P.M., Tort law and social morality, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2010, 257 p. ISBN : 9780521768962. KF1250 .G47 2010.

GHESTIN J. et BOULANGER J., La notion d'erreur dans le droit positif actuel, LGDJ-Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2014.

GHESTIN J., HUET J. et PIEDELIÈVRE S., Traité de droit civil, la formation du contrat., Paris : L.G.D.J., 1993. ISBN : 2275005994 9782275005997.

GHESTIN J, VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, 3e éd., Paris : L.G.D.J., 2006. ISBN : 2275007407 9782275007403 2275030522 9782275030524.

GHESTIN J. (Dir.), VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S., *Les conditions de la responsabilité*, 4^e édition, Paris, France : LGDJ-Lextenso éditions, DL 2013, 2013, viii+1316 p., ISBN : 978-2-275-03397-6.

GIGLIO F., *The Foundations of restitution for wrongs*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub, 2007, 246 p. ISBN : 9781841136479. K920 .G54 2007.

GLANNON J.W., *The law of torts : examples and explanations*, 4th ed, New York : Aspen Publishers, 2010 (Examples & explanations), 672 p. ISBN : 9780735588745. KF1250.Z9 G58 2010.

GOFF OF CHIEVELEY LORD R. et JONES G.H., *The law of restitution*, London : Sweet & Maxwell, 1998. ISBN : 0421608005 9780421608009.

GOLDBERG J.C.P., SEBOK A.J. et ZIPURSKY B.C., *Tort law : responsibilities and redress*, 3rd ed, New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2012 (Aspen Casebook Series), 1220 p. ISBN : 9781454806882. KF1250 .G65 2012.

GOLDBERG R. (dir.), *Perspectives on causation*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub, 2011, 447 p. ISBN : 9781849460866. K579.C34 P47 2011.

GONZÁLEZ CAMPOS J.D., *Recueil des cours - Académie de Droit International de La Haye*, ISSN 0169-5436. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, The Hague, Pays-Bas, Etats-Unis, Royaume-Uni : [s.n.], 2002, 426 p. ISBN : 90-411-1608-7.

GRAHAM C., *EU and UK competition law*, Second Edition, Harlow, England : Pearson, 2013. ISBN : 9781447904441. KD2218 .G73 2013.

GRANADOS PÉREZ C. et O'CALLAGHAN MUÑOZ X., *Responsabilidad civil « ex delicto »*, Las Rozas (Madrid) : La Ley, 2010. ISBN : 978-84-8126-523-1.

GRARE-DIDIER C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, Paris, 2005.

GREENAWALT K., *Statutory and common law interpretation*, Oxford [UK] ; New York : Oxford University Press, 2013, 391 p. ISBN : 9780199756148. K231 .G74 2013.

GREFFE P., GREFFE F. et GREFFE P.B., *La publicité et la loi : droit français, Union européenne, Suisse*, Paris : Litec, 2009. ISBN : 9782711008391 2711008398.

GRUBB A., *The law of tort*, London : Butterworths LexisNexis, 2002 (Butterworths Common Law Series). ISBN : 0406896720 9780406896728.

GUILLIEN R., VINCENT J., GUINCHARD S. et MONTAGNIER G., *Lexique des termes juridiques*, Paris : Dalloz, 2004. ISBN : 2247060714 9782247060719.

HARDER S., *Measuring damages in the law of obligations : the search for harmonised principles*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Pub., 2010, 323 p. ISBN : 9781841138633. K877 .H37 2010.

HARWOOD V., *Principles of tort law*, 3rd éd., London : Cavendish, 1997. ISBN : 1859413781 9781859413784.

HARWOOD V., *Modern tort law*, 7th ed, London ; New York : Routledge-Cavendish, 2009, 514 p. ISBN : 9780415458450. KD1949 .H37 2009.

HARRIS D., CAMPBELL D. et HALSON R., *Remedies in contract and tort*, 2nd éd., Croydon : Butterworths, 2002 (Law in context). ISBN : 0406904103 9780406904102.

HARTKAMP A. S. et HONDIUS E. H. (dirs.), *Towards a European civil code*, 3rd fully rev. and expanded ed, Nijmegen : The Hague ; Boston : Ars Aequi Libri ; Kluwer Law International, 2004, 847 p. ISBN : 904112280X. KJC985 .T69 2004.

HASEN R.L., *Remedies*, 2nd ed, New York : Aspen Publishers, 2010 (Examples & explanations), 446 p. ISBN : 9780735584617. KF9010 .H37 2010.

HEUSTON R. F. V., BUCKLEY R. A. et SALMOND J.W., *Salmond & Heuston on the law of torts*, 20th ed, London : Sweet & Maxwell, 1992, 604 p. ISBN : 0421459808. KD1949 .S24 1992.

HEYDON J.D., *Economic torts*, 2d ed, London : Sweet & Maxwell, 1978 (Modern legal studies), 144 p. ISBN : 0421238402. KD1949.3 .H48 1978.

HONORÉ T., *International Encyclopedia of Comparative Law* : Vol. 11, Torts / chief ed. : André Tunc. Causation and remoteness of damage / A. M. Honoré, [s.l.] : Mohr, 1971 (ptie. 7).

HONORÉ T., *Responsibility and fault*, Oxford and Portland, Oregon : Hart Pub., 2002. ISBN : 184113399X 9781841133997.

HORSEY K. et RACKLEY E., *Tort law*, 2nd ed, New York : Oxford University Press, USA, 2011, 616 p. ISBN : 9780199600779. KD1949 .H67 2011.

IRPI (INSTITUTE), *La contrefaçon : l'entreprise face à la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle*, Paris : Litec, 2003 (Le Droit des affaires, 23), 229 p. ISBN : 2711002497. K1577.5 .A6 C66 2003.

JAULT A., *La notion de peine privée*, Paris : L.G.D.J., 2005 (Bibliothèque de droit privé, t. 442), 327 p. ISBN : 2275026800. KJV1668 .J38 2005.

JOHNSON V.R. et GUNN A., *Studies in American tort law*, 4th ed, Durham, N.C : Carolina Academic Press, 2009 (Carolina Academic Press law casebook series), 1050 p. ISBN : 9781594606991. KF1250 .J643 2009.

JONES G.H. et National Law School of India University, *Restitution in public and private law*, London : Sweet & Maxwell, published under the auspices of the National Law School of India University, 1991. ISBN : 042145850X 9780421458505.

KADNER GRAZIANO T., *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bâle ; Paris : Helbing & Lichtenhahn ; LGDJ, 2004. ISBN : 3719022633 9783719022631 2802718975 9782802718970.

KANT E., *Métaphysique des moeurs.*, traduit par A. RENAUT, Paris : Flammarion, 1994. ISBN : 2080707167 978208070716.

KEIRSBILCK B., *The new european law of unfair commercial practices and competition law*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub, 2011, 702 p. ISBN : 9781849461849. KJE6456 .K45 2011.

KLAR L., *Tort law*, 2nd éd., Scarborough, Ont. : Carswell, 1996. ISBN : 0459560654 9780459560652 0459560638 9780459560638.

KOCH B.A., KOZIOL H., EUROPEAN CENTRE OF TORT AND INSURANCE LAW, BUSNELLI F.D., COMANDÉ G., COUSY H., DROSHOUT D., FAURE M., FEDTKE J., MAGNUS U., GALAND-CARVAL S., GILEAD I., KERAMEUS K.D., KOCH B.A., KOZIOL H., MARTÍN-CASALS M., RIBOT J., SOLÉ J., NEETHLING J., NESTEROWICZ M., BAGIŃSKA E., PERRON E. DU, BOOM W.H. VAN, ROGERS W.V.H., SCHWARTZ G.T., TICHY L. et WIDMER P., *Unification of tort law : strict liability*, The Hague ; London, New York : Kluwer Law International, 2002 (Principles of European tort law, vol. 6). ISBN : 9041117059 9789041117052.

KOZIOL H., BUSNELLI F.D., COMANDÉ G., COUSY H., KERAMEUS K.D., NEETHLING J., ROGERS W.V.H., SPIER J., VINEY G. et WIDMER P., *Unification of tort law : wrongfulness*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1998 (Principles of European tort law, vol. 3), 144 p. ISBN : 9041110194. KJC1640 .U55 1998.

KOZIOL H. et SCHULZE R. (dirs.), *Tort law of the European Community*, 1st ed, Wien ; New York : Springer, 2008 (Tort and insurance law, vol. 23), 693 p. ISBN : 9783211775851. KJE1620 .T67 2008.

KOZIOL H. et WILCOX V. (dirs.), *Punitive damages : common law and civil law perspectives*, New York : Springer, 2009 (Tort and insurance law, vol. 25, 1616-8623), 335 p. ISBN : 9783211922101. K923 .P86 2009.

KUTNER P.B. et REYNOLDS O.M., *Advanced torts : cases and materials*, 2nd ed, Durham, N.C : Carolina Academic Press, 1997, 794 p. ISBN : 0890898197. KF1249 .K88 1997.

LARRIEU J., *Droit de l'Internet.*, Paris : Ellipses, 2010. ISBN : 9782729854799 2729854797.

LASSERRE-JEANNIN F. et MOUSSERON J.M., *L'acte de concurrence déloyale*, Thèse d'université, Université de Montpellier I, France, 1992, 505 p.

LAWSON R. G., *Exclusion clauses and unfair contract terms*, 8th ed, London : Sweet & Maxwell, 2005, 270 p. ISBN : 9780421894402. KD1563 .L38 2005.

LAYCOCK D., *Modern American remedies : cases and materials*, 4th ed, New York : Aspen Publishers, 2010, 1062 p. ISBN : 9780735572010. KF9010 .L394 2010.

TOURNEAU PH. LE, *Le parasitisme : agissements parasitaires et concurrence parasitaire, protection contre les agissements et la concurrence parasitaires, sauvegarde du savoir-faire, des informations, des données et des connaissances des entreprises*, Paris, France : Litec, 1998, ix+280 p. ISBN : 2-7111-2964-0.

TOURNEAU PH. LE, *Libre droit : mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2008, 1083 p. ISBN : 9782247076581. KJV450 .L53 2008.

TOURNEAU PH. LE (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014/2015*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2014 (Dalloz Action), ISBN : 978-2-247-13752-7.

TOURNEAU PH. LE, *Responsabilité des vendeurs et fabricants 2015/2016*, 5^e éd., Paris, France : Dalloz, Avril 2015 (Dalloz Référence), ISBN : 978 2 247 15478 4.

LECLERC M., MONÉGER J. et NIHOUL P., *Les class actions du droit américain au droit européen : propos illustrés au regard du droit de la concurrence*, Bruxelles : Larcier, 2012 (Europe(s), Etudes).

LEGRAND P. et SAMUEL G., *Introduction au common law*, Paris : La découverte, 2008 (Repères). ISBN : 9782707152275 2707152277.

LEGRAND P., *Le droit comparé*, 4. éd, Paris : Presses Univ. de France, 2011 (Que sais-je ?), 127 p. ISBN : 9782130590767 9782130590767.

LEVMORE S.X. et SHARKEY C.M. (dirs.), *Foundations of tort law*, 2nd ed, New York, NY : Foundation Press Thomson/West, 2009 (Foundations of law series), 426 p. ISBN : 9781599411965. KF1250.A2 F68 2009.

LODDER A. V. M., *Enrichment in the law of unjust enrichment and restitution*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub, 2012 (Hart studies in private law, vol. 3), 248 p. ISBN : 9781849463294. K920 .L63 2012.

LUNNEY M. et OLIPHANT K., *Tort law : text and materials*, 4th ed, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010, 999 p. ISBN : 9780199571802. KD1949 .L86 2010.

LUNTZ H., *Assessment of damages for personal injury and death*, 3rd ed, Sydney : Butterworths, 1990, 581 p. ISBN : 0409495441. KU942.5 .L86 1990.

MADDEN M.S. (dir.), *Exploring tort law*, New York : Cambridge University Press, 2005, 492 p. ISBN : 052185136X. KF1250.A2 E97 2005.

MAGNUS ULRICH, EUROPEAN CENTRE OF TORT AND INSURANCE LAW, BUSNELLI F.D., COMANDÉ G., COUSY H., VANDERSPIKKEN A., GALAND-CARVAL S., KERAMEUS K.D., KOZIOL H., MAGNUS U., NEETHLING J., ROGERS W.V.H., SCHWARTZ G.T., WISSINK M.H. et BOOM W.H. VAN, *Unification of tort law : damages*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5), 225 p. ISBN : 9041114815. KJC1610 .U55 2001.

MAGRO SERVET V., *Guía práctica de la Ley de enjuiciamiento civil*, Las Rozas : La Ley, 2012. ISBN : 9788481264036 8481264032.

MALAURIE PH., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK PH., *Les obligations*, 6^e éd., Paris : LGDJ : Lextenso, 2013. ISBN : 9782275040790 227504079X.

MALAURIE PH. et MORVAN P., *Introduction au droit*, 5^e éd. à jour au 15 juillet 2014, Paris : LGDJ, 2014 (Droit civil), 408 p., ISBN : 978-2-275-04081-3.

MALINVAUD PH., LASZLO-FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris : LexisNexis, 2014. ISBN : 9782711020911 2711020916

MASSAGUER FUENTES J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal : la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales.*, 1. ed, Cizur Menor : Thomson Civitas, 2006 (Colección « Estudios de derecho mercantil », 71), 234 p. ISBN : 8447025381. KKT1234 .M39 2006.

MAZEAUD D., REVET T. et UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE (PARIS)., *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, Paris : Les Petites Affiches : diff. LGDJ, 2007. ISBN : 9782275027753 2275027750.

MAZEAUD H., MAZEAUD L. et CAPITANT H., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 4^e ed., Paris, France : Libr. du Recueil Sirey, 1947 (Tome 1/1), 915 p.

MCCARTHY J., *The Rights of Publicity & Privacy*, Seconde édition, [s.l.] : Clark Boardman Callaghan, 3 avril 2012. ISBN : 0314800913.

MCKENDRICK E., *Contract law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2010. ISBN : 9780199208012 0199208018 9780199579792 0199579792.

MICKLITZ H.-W., STUYCK J. et TERRY E. (dirs.), Cases, materials and text on consumer law, Oxford ; Portland, Or. : Hart, 2010 (Ius Commune casebooks for the common law of Europe), 597 p. ISBN : 9781841137490. KJE6577 .C37 2010.

MILUTINOVIĆ V., The « right to damages » under EU competition law : from *Courage v. Crehan* to the White Paper and beyond, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Frederick, MD : Kluwer Law International ; Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, 2010 (European monographs), 405 p. ISBN : 9789041132352. KJE6456 .M553 2010.

MOWBRAY A. R., Cases, materials, and commentary on the European Convention on Human Rights, 3rd ed, Oxford : Oxford University Press, 2012, 895 p. ISBN : 9780199577361. KJE5132 .M69 2012.

MULLENIX L.S., Mass tort litigation : cases and materials, St. Paul, Minn : West Pub. Co, 1996 (American casebook series), 1160 p. ISBN : 0314066357. KF1249 .M85 1996.

OLIPHANT K., STEININGER B.C., INSTITUT FÜR EUROPÄISCHES SCHADENERSATZ-RECHT (ÖSTERREICHISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN) et EUROPEAN CENTRE OF TORT AND INSURANCE LAW, European tort law : basic texts, Vienna : Jan Sramek Verlag, 2011 (European Tort Law), 330 p. ISBN : 9783902638502. KJC1640 .A48 2011.

ORDUÑA MORENO F.J., Contratación y consumo, Valencia : Tirant lo Blanch, 1998, 525 p. ISBN : 8480026022. KKT920 .C66 1998.

OSBORNE P.H., The law of torts, 3rd éd., Toronto : Irwin Law, 2007 (Essential of Canadian Law). ISBN : 9781552211427 1552211428.

PALMER V.V., Pure economic loss : new horizons in comparative law, London ; New York : Routledge-Cavendish, 2009 (University of Texas at Austin studies in foreign and transnational law), 326 p. ISBN : 0415775647. K923 .P35 2009.

PICOD Y. et DAVO H., Droit de la consommation, [Paris] : Sirey : Dalloz, 2010. ISBN : 9782247084647 2247084648.

PICOD Y.

(dir.), Congrès régional des Tribunaux de Commerce de la deuxième délégation ; Bicentenaire du Code du Commerce : Le code de commerce : son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale, Perpignan : Presses universitaires de Perpignan, 2009, 104 p. ISBN : 9782354120559. KJV2198 .C66 2007.

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1989 (Bibliothèque de droit privé, t. 208), 254 p. ISBN : 2275007814. KJV1668 .P53 1989.

PIERRE PH. et LEDUC F., *La réparation intégrale en Europe études comparatives des droits nationaux*, Bruxelles : Larcier, 2012. ISBN : 9782804454111 2804454118.

PLANIOU M., *Traité élémentaire de droit civil*, 9e éd., Paris : Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1923 (Tome 2).

POTHIER R.-J. et HALPÉRIN J.-L., *Traité des obligations*, Paris : Dalloz, 2011. ISBN : 9782247108947 2247108946.

RABUT A., *De la notion de faute en droit privé*, Paris, France : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, 222 p.

RAMSAY I., *Consumer law and policy : text and materials on regulating consumer markets*, Third edition, Oxford : Hart Publishing, 2012, 674 p. ISBN : 9781849462624. KD2204 .R36 2012.

RAYMOND G., *Droit de la consommation*, Paris : Litec : LexisNexis, 2011. ISBN : 9782711013968 2711013960.

REGLERO CAMPOS L.F. (dir.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2a. ed, Cizur Menor, Navarra : Thomson/Aranzadi, 2003 (Colección Monografías Aranzadi, 220), 2022 p. ISBN : 978-84-9767-317-4. KKT834 .T73 2003.

REYES LÓPEZ M.J., *Manual de derecho privado de consumo*, Las Rozas (Madrid) : La Ley, 2009. ISBN : 9788481262568 8481262560.

RICKETT C. E. F. (dir.), *Justifying private law remedies*, Oxford ; Portland, Or. : Hart Pub, 2008, 393 p. ISBN : 9781841138145. K2315.A6 C66 2006.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2014 (Anthologie du Droit). ISBN : 9782275041889 2275041885.

ROBLES MARTÍN-LABORDA A., *Libre competencia y competencia desleal : examen del artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia*, 1a ed, Las Rozas, Madrid : La Ley, 2001 (Colección Biblioteca de derecho de los negocios), 414 p. ISBN : 8476959656. KKT3242 .R63 2001.

RODRÍGUEZ RAMOS L., MARTÍNEZ GUERRA A., RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA G., RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS J., COLINA OQUENDO P. et ESPANYA, *Código penal : comentado y con jurisprudencia*, Madrid : La Ley, 2009. ISBN : 9788481262483 848126248X.

ROGERS W. V. H. et BAGIŃSKA E. (dirs.), *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Wien ; New York : Springer, 2001 (Tort and insurance law, v. 2), 318 p. ISBN : 3211836020. KJC1610 .D36 2001.

ROSILLO FAIRÉN A., *La Configuración del contrato de adhesión con consumidores*, Las Rozas : La Ley, 2010. ISBN : 9788481265064 8481265063.

ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, [s.l.] : Rec. Sirey, 1952 (*Le droit de la propriété industrielle*, vol. 1). 53021429.

ROUHETTE G., LAMBERTERIE I. DE, TALLON D., WITZ C. et FAUVARQUE-COSSON B. (dirs.), *Principes du droit européen du contrat*, Paris : Société de législation comparée, 2003 (*Droit privé comparé et européen*, vol. 2), 655 p. ISBN : 2908199270. KJE1640 .P7514 2003.

RUIJSENAARS HEIJO E., *Character merchandising in Europe*, London ; Boston : Kluwer Law International, 2003, 383 p. ISBN : 9041199128. KJC2792 .C48 2003.

RZEPECKI N. et INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES (AIX-EN-PROVENCE), *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002.

SAINT-PAU J.-C. et INSTITUT DE SCIENCES CRIMINELLES (BORDEAUX, FRANCE), *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice*, Paris : Éditions Cujas, 2012 (*Actes & Études*), 488 p. ISBN : 9782254134038. KJV7979 . D775 2012.

SÁNCHEZ CALERO F.J. (dir.), *Curso de derecho civil II : Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, 5a éd., Valencia : Tirant lo Blanch, 2008 (*Manuales*). ISBN : 9788498762839 8498762839.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C. et BRUNAUX G., *Les contrats de consommation : règles communes*, Paris : LGDJ-Lextenso éd., 2013. ISBN : 9782275031095 227503109X.

SAVATIER R. et RIPERT G., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, Tome deuxième, *Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, France : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, 572 p.

SCHRAGE E. J. H. (dir.), *Unjust enrichment : the comparative legal history of the law of restitution*, 2nd ed, Berlin : Duncker & Humblot, 1999 (*Comparative studies in continental and Anglo-American legal history = Vergleichende Untersuchungen zur kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsgeschichte*, Bd. 15), 333 p. ISBN : 3428079825. K920 .U545 1999.

SCHUCK P.H., AMERICAN BAR ASSOCIATION, TORT AND INSURANCE PRACTICE SECTION et AMERICAN ASSEMBLY (dirs.), *Tort law and the public interest : competition, innovation, and consumer welfare*, New York ; London : W.W. Norton & Co., 1991. ISBN : 0393029271 9780393029277 0393961095 9780393961096.

SCHULZE R. (dir.), *New features in contract law*, München : Sellier. European Law Publishers, 2007, 439 p. ISBN : 9783866530362. K1024 .N49 2007.

SERRA Y. (dir.), *La concurrence déloyale : permanence et devenir*, Paris, France : Dalloz, 2001, 2001, 133 p. ISBN : 2-247-04549-9.

SERVIDIO-DELABRE E., *The legal system of a Common law country : the British legal system, the American legal system, constitutionally protected rights of the USA*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2014. ISBN : 9782247139422 2247139426.

SHAPO M.S., *Tort and injury law*, 2nd ed, Durham, NC : Carolina Academic Press, 2002. ISBN : 0890893314.

SHINER R.A., *Freedom of commercial expression*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2003, 355 p. ISBN : 0198262612. K3253 .S535 2003.

SIERRA GIL DE LA CUESTA I. (dir.), *Comentario del Código civil*, 1. ed, Barcelona : Bosch, mai 2000. ISBN : 8476766947. KKT494.31889 .C66 2000.

SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé*, Paris : Sirey, 1961 (T.I.).

STANTON K. M., *The modern law of tort*, London : Sweet & Maxwell, 1994. ISBN : 0421377003 9780421377004.

STEPHENSON G., *Sourcebook on torts*, 2d ed., London, Sydney : Cavendish, 2000 (Sourcebook Series), 645 p. ISBN : 1859415873 9781859415870.

STEVENS R., *Torts and rights*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2007. ISBN : 9780199211609 0199211604 9780199563845 0199563845.

STONE P., *EU private international law : harmonization of laws*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2006 (Elgar European law), 489 p. ISBN : 9781845420154. KJE982 .S76 2006.

STREET T.A., *The theory and principles of tort law*, Washington : Beard Books, 1999. ISBN : 1893122174 9781893122178.

STRONG S.I., *Tort law : text, cases, and materials*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008 (Complete), 461 p. ISBN : 9780199292240. KD1949 .S776 2008.

STÜRNER R. et KAWANO M. (dirs.), *Comparative Studies on Business Tort Litigation*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2011 (Problems of Transnational Civil Procedure, III). ISBN : 9783161507663 3161507665.

TERRÉ F., LEQUETTE Y. et SIMLER PH., *Droit civil les obligations*, Paris : Dalloz, 2013. ISBN : 9782247130122 2247130127 9782247130146 2247130143.

TERRÉ F., Introduction générale au droit, 9^e édition, Paris : Dalloz, 2012 (Précis), 652 p. ISBN : 9782247120604 2247120601 9782247120604.

TERRÉ F. (dir.), Pour une réforme du droit des contrats : réflexions et propositions d'un groupe de travail, Paris : Dalloz, 2008 (Thèmes & commentaires. Actes), 310 p. ISBN : 9782247081790. KJV1668 .P68 2008.

TERRÉ F. (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), 224 p. ISBN : 9782247106851. KJV3008 .P68 2011.

TERRYN E. et VOINOT D. (dirs.), Droit européen des pratiques commerciales déloyales évolution et perspectives, Bruxelles : Larcier, 2012. ISBN : 9782804451639 2804451631.

TOURNIER J., De la condamnation a des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine., Thèse Université de Montpellier, Montpellier, 1896.

DAM C.C. VAN, European tort law, Second edition, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2013, 601 p. ISBN : 9780199672264. KJC1640 .D36 2013.

GERVEN W. VAN, LEVER J., LAROCHE P., BAR C. VON et VINEY G., Tort law, Scope of Protection, Oxford ; Portland, Or. : Hart, 2000 (Common Law of Europe Casebooks). ISBN : 1841131393 9781841131399 1901362736 9781901362732.

VERDURE C. (dir.), Les pratiques commerciales déloyales en droit de l'Union Européenne, Bruxelles : Larcier, 2013 (European journal of consumer law/ Revue européenne de droit de la consommation N.13/2). ISBN : 9782804467548 2804467546.

VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S., Les conditions de la responsabilité, Paris, France : LGDJ-Lextenso éditions, DL 2013, 2013, viii+1316 p. ISBN : 978-2-275-03397-6.

VIRGO G., Principles of the law of restitution., Oxford : Oxford University Press, 1999. ISBN : 019876376X 9780198763765 0198763778 9780198763772.

VOGEL L., RIPERT G. et ROBLOT R., Traité de droit des affaires ; du droit commercial au droit économique., 19^e éd., Paris : L.G.D.J., 2010 (Tome 1). ISBN : 9782275032733 2275032738.

VOGEL L., Droit de la concurrence déloyale, Paris : Lawlex, 2007. ISBN : 2915029202 9782915029208.

BAR C. VON, CLIVE E.M., SCHULTE-NÖLKE H., BEALE H. G., STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE et RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference (DCFR), Outline ed, Munich : Sellier, European Law Publishers, 2009, 642 p. ISBN : 9783866530973. KJE1640 .P743 2009.

VUKOWICH W.T., Consumer protection in the 21st century : a global perspective, Ardsley, NY : Transnational Publishers, 2002, 573 p. ISBN : 1571052429. K3842 .V85 2002.

WEINRIB E.J. (dir.), Tort law, Aldershot : Dartmouth, 1991 (The international library of essays in law and legal theory. Areas 2). ISBN : 1855211610 9781855211612.

WEINRIB E.J. (dir.), Tort law, Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT : Ashgate, 2002 (The international library of essays in law and legal theory. Second series), 568 p. ISBN : 0754621421. K923 .T673 2002.

WHALEY D.J., Problems and materials on consumer law, Boston : Little, Brown and Company, 1991 (Law school casebook series), 659 p. ISBN : 0316932345. KF1608 .W46 1991.

YOUNG G., KANE A.W., NICHOLSON K. et SHUMAN D.W., Causality of psychological injury : presenting evidence in court, New York, N.Y : Springer, 2007, 646 p. ISBN : 9780387364353. RA1148 .Y68 2007.

Études, articles et chroniques.

LEVASSEUR A. A. et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, « Rapport général, la concurrence déloyale », in *La concurrence*, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 25 ss. ISBN : 978-2-908199-76-9.

AGARD M.-A., « Ne t'aide pas, le ciel t'aidera quand même ! », *Resp. civ. et assur., chron.* 2, 2004.

AGUILAR J.R., « Over the rainbow european and american consumer protection policy and remedy conflicts on the internet and a possible solution », *International Journal of Communications Law and Policy*, vol. 4, n° 1, Winter, /2000 1999.

ALFORD H., « Literary Misblurbing », *N.Y. Times*, 29 avril 2007.

ALFREDO P., « Droit de la concurrence : une approche franco-espagnole », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 645.

AMBROISE-CASTÉROT C.

« Consommation », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, mars 2014.

« Droit pénal de la consommation », *Rev. sc. crim.*, n° 1, mars 2010, p. 146 et s.

« Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ pénal* 2009. 22.

AMRANI-MEKKI S., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *Revue des contrats*, *Lextenso*, n° 2, juin 2015, p. 398.

ANCEL M-E

« Contrefaçon internationale : le juge français face aux dommages et intérêts punitifs étrangers », *CDE*, 51, 2007.

« Un an de droit international privé du commerce électronique », *Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2008, *chron.* 1.

ANDERSON D.A.

« Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : Rethinking defamation. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 1047, 2006.

« First amendment limitations on tort law. », *Brooklyn Law Review*, vol. 69, n° 755, Spring 2004.

ANDERSON G., « Good faith and fair dealing in the individual employment relationship : Good faith in the individual employment relationship in New Zealand. », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 32, n° 685, Spring 2011.

ANDERSON R.E., ARSDALE B.J. VAN, GLENN J.A., INGWERSEN C.V., JACOBS A.J., LEVIN J.K., OAKES K. et SHAMPO J.J., « Damages », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014.

ANDRÉ C., « L'obligation de modérer le dommage en droit interne », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 307.

ANDRIEU E., « Ventes avec primes : la nouvelle réglementation et ses conséquences. », CCC n° 12, Décembre 2014, étude 13.

ARCELIN-LÉCUYER L.

« Campagne de Leclerc pour la distribution des médicaments non remboursés : ceci n'est pas une publicité... », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 50, 11 Décembre 2008, 2499.

« Coupe du monde de football 2010 : l'embuscade des Bavaria Girls... », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 35, 2 Septembre 2010, 1741.

« La redondance informative ou le bon sens oublié », *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2011, étude 9.

« Fasc. 794 : PUBLICITÉ. - Règles générales quant au contenu du message publicitaire », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 18 mars 2014.

ARHEL P.

« Internet et commerce électronique (Droit de la concurrence) », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janvier 2013.

« Transparence tarifaire et pratiques restrictives », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, juin 2015.

« Concurrence (règles de procédure) », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, juin 2015.

« Loi de modernisation de l'économie », *LPA*, n° 158, août 2008, p. 3.

ASSELAIN M., « Fasc. 510-10 : ASSURANCES DE DOMMAGES. - Règles générales. - Objet du contrat : risques et valeurs garantis », *JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances*, 1 s., 2 juin 2014.

AUBERT DE VINCELLES C., « Naissance d'un droit commun européen des contrats. », *RTD Eur.*, 2012, p. 661.

AUBRY H., POILLOT E. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

« Droit de la consommation ; avril 2014 - 15 janvier 2015. », *Recueil Dalloz*, 2015, p. 588.

« Droit de la consommation ; mars 2012 - mars 2013. », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 945.

« Droit de la consommation ; février 2011 - février 2012 », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 840.

« Droit de la consommation ; février 2010 - février 2011 », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 974.

« Droit de la consommation ; janvier 2009 - janvier 2010 », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 790.

AUGUET Y.

« Actions en contrefaçon et en concurrence déloyale liées à l'usurpation frauduleuse du savoir-faire d'une entreprise concurrente », Recueil Dalloz, 2001, p. 1309.

« Droit pénal et droit de la concurrence « la transformation du fait répressif en droit de la concurrence », in J.-C. Saint-Pau (dir.), Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, Paris : Éditions Cujas, 2012 (Actes & Études), p. 279-300. ISBN : 9782254134038. KJV7979 . D775 2012.

AUVRET P., « Fasc. 3705 : COMMUNICATION ET RESPONSABILITÉ CIVILE. - Réparation du préjudice », JurisClasseur Communication, 35 s., 10 novembre 2013.

AYNÈS L., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », Revue des contrats, Lex-tenso, n° 2, 15 juin 2015, p. 421.

AYRES I. et KCLASS G., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : New rules for promissory fraud », Arizona Law Review, vol. 48, n° 957, Winter 2006.

AZIM-KHAN R., « New EU Cookie Guidance : Crumbs of comfort or confusion ? », JD Supra, 11 novembre 2013. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/new-eu-cookie-guidance-crumbs-of-comfor-77220/>.. Consulté le 13 février 2014.

AZZI T., « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon. », Dossier 700, 35 s, 2008, p. 708 s.

BARNES B., « Hollywood's Blurb Search », N.Y. Times, 7 juin 2009.

BARRETT M., « Reconciling fair use and trademark use », Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, vol. 28, n° 1, 2010.

BASMADIJAN A., FLEMING M. et DENTONS, « Green v. CIBC : Court Of Appeal Revisits Limitation Period For Secondary Market Securities Class Actions And Limits Common Law Negligent Misrepresentation Class Actions », JD Supra, février 2014. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/v-cibc-court-of-appeal-revisits-93432/>.. Consulté le 26 août 2014.

BAUMAN J.H., « Insurance law annual : Emotional distress damages and the otrt of insurance bad faith. », Drake Law Review, vol. 46, n° 717, 1998.

BAZIN E.

« La vente d'un ordinateur prééquipé de logiciels sans information sur ses principales caractéristiques constitue une pratique commerciale déloyale », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 45, 10 Novembre 2011, 1787.

« Un an de droit pénal de la consommation . - Avril 2010 - Avril 2011 », Droit pénal n° 5, Mai 2011, chron. 4.

BEHAR-TOUCHAIS M.

« L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », LPA, n° 232, 20 novembre 2002, p. 36.

« Rapport français, les sanctions en cas d'atteinte à la concurrence », in La concurrence, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 355 ss. ISBN : 978-2-908199-76-9.

BÉLOT F.

« Pour une reconnaissance de la notion de préjudice économique en droit français », LPA, n° 258, déc 2005.

« L'évaluation du préjudice économique », Recueil Dalloz, n° 1681, 2008.

« L'évaluation du préjudice économique subi par une entreprise nouvelle ou innovante », Recueil Dalloz, 2008, p. 1569.

BENSAMOUN A. et ZOLYNSKI C., « La lutte contre la contrefaçon sur internet : les sources de l'implication des prestataires techniques », RLDI 2001/75, p. 59.

BERG O., « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », RTD Civ. Dalloz, 2006, p. 53.

BERGER-WALLISER G., WILLIAMS M.S., WALLISER B. et BENDER M., « Bavarian Blondes Don't Need a Visa : A Comparative Law Analysis of Ambush Marketing. », Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 21, n° 1, Winter 2012.

BERNFELD C., « Rapport Terré . Feu la réparation intégrale », La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 9 Janvier 2012, 30.

BERNSTEIN A., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : Keep it simple : An explanation of the rule of no recovery for pure economic loss. », Arizona Law Review, vol. 48, n° 773, Winter 2006.

BERTRAND A., « Chapitre 102. Relations entre le droit d'auteur, les autres droits privatifs et la protection des créations non protégées par un droit privatif », Droit d'auteur, Dalloz, 2010.

BEYNEIX I., « Concurrence déloyale sur l'Internet », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 11, 12 Mars 2009, 1238.

BÉZARD P., « Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », Revue des sociétés, Dalloz, 2000, p. 55.

BINCTIN N., « La preuve et l'évaluation du préjudice », Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2010, étude 7.

BIOLAY J.-J., « La nouvelle directive européenne relative aux pratiques déloyales : défense prioritaire du consommateur et pragmatisme », Gaz. Pal. 9, 10 novembre 2005, p. 3.

BIRKS P. et NYUK-YIN C., « On the nature of Undue Influence. », in J. BEATSON et D. FRIEDMANN (dirs.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995, p. 57 sqq. ISBN : 0198259239. K840 .G665 1995.

BISCHOFF J.-M., « La concurrence déloyale en droit international privé », *Trav. comité fr. DIP 1969-1971*, Dalloz, p. 52.

BISMUTH Y., « L'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon de logiciel : pour une charte du préjudice équitable ? », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 4, Juillet 2007, dossier 24.

BLANC N., « Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle, l'exemple de la contrefaçon : clair obscur dans le droit des sanctions », in C. Chainais et D. Fenouillet (dirs.), *Les sanctions en droit contemporain*, Paris : Dalloz, 2012 (*L'esprit du droit*), p. 299-326. ISBN : 9782247110223. KJV4762 .S27 2012.

BLIN O., « Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale », *Journal du droit international (Clunet)* n° 2, Avril 2009, biblio. 7.

BLOCH C. et STOFFEL-MUNCK P., « Responsabilité civile », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 15, 11 Avril 2011, 435.

BLOCH C.

« La cessation de l'illicite, préf. R. Bout, avant propos Ph. le Tourneau », *Dalloz*, 359 s., 2008.

« Définition de la faute », in François Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2011 (*Thèmes et commentaires. Actes*), p. 101 ss. ISBN : 9782247106851. KJV3008 .P68 2011.

BLOFIELD T., « What Does it Take to Be Famous ? », *JD Supra*, 14 novembre 2013. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/what-does-it-take-to-be-famous-16299/>.. Consulté le 13 février 2014.

BLUM G., BOURDEAU J., ECLAVEA R.P., HOLBEN J., OAKES K. et SURETTE E., « Fraud and Deceit », in *American Jurisprudence, Second Edition*, [s.l.] : West Group, 2014.

BOHLEN F.H.

« Misrepresentation as Deceit, Negligence, or Warranty », *Harvard Law Review*, vol. 42, n° 733, 1929.

« Should Negligent Misrepresentations Be Treated as Negligence or Fraud ? », *Virginia Law Review*, vol. 18, n° 703, 1932.

BOISTEL PH., « La perception de la communication d'opinion. Analyse de la campagne d'opinion de Leclerc sur le pouvoir d'achat. », p. 7.

BOLZE C., « REGLES DE CONCURRENCE. Abus de position dominante, Comportement d'éviction (prix prédateurs), Appréciation », RTD Com. Dalloz, 1992, p. 310.

BORDEN M.J., « PSLRA, SLUSA, and variable annuities : Overlooked side effects of a potent legislative medicine. », Mercer Law Review, vol. 55, n° 681, Winter 2004.

BORÉ L., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », Revue des contrats, Lextenso, n° 2, 15 juin 2015, p. 408.

BORGHETTI J.-S., « Les sanctions en droit de la responsabilité civiles, de la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in C. Chainais et D. Fenouillet (dirs.), Les sanctions en droit contemporain, Paris : Dalloz, 2012 (L'esprit du droit), p. 257-274. ISBN : 9782247110223. KJV4762 .S27 2012.

BORTOLIN W., DAVIS E. et BENNETT JONES LLP, « Competition Act Tort Claims Still Viable : Fairhurst v Anglo American PLC », JD Supra, 8 décembre 2014. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/competition-act-tort-claims-still-viable-30531/>.

BOSCO D., « Requiem pour l'exclusivité d'accès aux contenus audiovisuels des FAI ? », Contrats, conc. consom., comm. 229, 2009.

BOSHELL P., DERAMUS L., GOODMAN J. et BRADLEY ARANT BOULT CUMMINGS LLP, « Marketing in a Wired World : Telemarketing, Text and E-mail Marketing », JD Supra, 3 mars 2014. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/marketing-in-a-wired-world-telemarketin-46758/>. Consulté le 26 août 2014.

BOSKOVIC O.

« Loi applicable aux obligations non contractuelles (Matières civile et commerciale) », Répertoire de droit européen, Dalloz, juin 2015.

« Conflits de juridictions. - Effet des jugements étrangers. - Exequatur. - Ordre public.- Domages et intérêts punitifs. - Montant disproportionné. », Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2011, 14.

BOUCHE N., « Contrefaçon et concurrence déloyale - Droit d'auteur et conflit de lois », Recueil Dalloz, 2004, p. 1893.

BOUDANT J., « Politique commerciale », Répertoire de droit européen, Dalloz, juin 2014.

BOULET L. et FROSSARD L., « Un an de droit de la publicité », Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2011, chron. 7.

BOULET L., « Publicité comparative d'assortiments de produits : comparons les interprétations européenne et française », Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2007, étude 24.

BOURTHOUMIEUX J., « Dommages punitifs », RGDA, 1996, p. 861.

BOUSCANT R., « La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen », *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2000, p. 67.

BOUVET S., « L'équité dans la réparation du préjudice : de quelle équité me parlez-vous ? », *Responsabilité civile et assurances* n° 5, Mai 2007, étude 10.

BOWER S., BELL D.J., BANKS P.D., AGARWAL R.K., KRUGER R.J., BORTOLIN W. et BENNETT JONES, « New Good-Faith Duty of Honesty in Contractual Performance Recognized by Supreme Court of Canada », 13 novembre 2014. URL : <http://blog.bennettjones.com/2014/11/13/new-good-faith-duty-honesty-contractual-performance-recognized-supreme-court-canada/>.

BOYER A., « Mitigation ou la victime soumise à la « question » », *Gaz. Pal.*, 2009, p. 2527.

BRAUCHER J., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : Deception, economic loss and mass-market customers : Consumer protection statutes as persuasive authority in the common law and fraud. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 829, Winter 2006.

BRETZNER J.-D., « Les contraintes générées par la réglementation relative aux ventes par magasin d'usine », *Gaz. Pal.* 2000. 2, doct. 1244.

BRIDGEMAN C. et SANDRIK K., « Bullshit promises. », *Tennessee Law Review*, vol. 76, n° 379, Winter 2009.

BRIÈRE C., « Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2008, doct. 2.

BROWN R., « Advertising and the Public Interest. », *Yale Law Journal*, vol. 57, n° 1165, 1940.

BRUN PH., « Responsabilité du fait personnel », in *Répertoire de droit civil*, Paris : Dalloz, Mai 2015.

BRUN PH. et GOUT O., « Responsabilité civile ; janvier 2010 - octobre 2010 », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 35.

BRUN PH. et JOURDAIN P., « Responsabilité civile ; juillet 2006 - juin 2007 », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2897.

BRUNET MARKS A., « Check please : Using legal liability to inform food safety regulation », *Houston Law Review*, vol. 50, n° 723, Winter 2013.

BRUSCHI M., « La loi no 2008-3 du 3 janvier 2008 et l'amélioration de la protection des consommateurs », *Lamy affaires*, n° 24, 2008, p. 51.

BUBLICK E.M., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : Economic torts : Gain in understanding losses. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 693, Winter 2006.

BUGADA A., PICOD Y., AUGUET Y., CHOPIN F., DORANDEU N., GOMY M., ROBINNE S. et VALETTE V., « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme : panorama 2004-2005 », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2454.

BURTON C., KUNER C. et PATERAKI A., « European Data Protection Regulators Issue Further Guidance on How to Obtain Cookie Consent », *JD Supra*, 29 octobre 2013. URL : [http://www.jdsupra.com/legalnews/european-data-protection-regulators-issu-45314/..](http://www.jdsupra.com/legalnews/european-data-protection-regulators-issu-45314/) Consulté le 7 novembre 2013.

BUSTO LAGO J.M., « La responsabilidad civil en el proceso penal », in J.M. BUSTO LAGO et L.F. REGLERO CAMPOS (dirs.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a éd., Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi-Thomson Reuters, 2013.

BUTLER H.N. et JOHNSTON J.S., « Reforming state consumer protection liability : An economic approach. », *Columbia Business Law Review*, vol. 2010, n° 1, 2010.

CADIET L., « Les métamorphoses du préjudice », in *Les Métamorphoses du droit de la responsabilité*, 6^e journée Renée Savatier, 15 et 16 mai 1997, [s.l.] : PUF, 1998.

CALABRESI G. et KLEVORICK A.K., « Four Tests for Liability in Torts », *Journal of Legal Studies*, vol. 14, 1985, p. 585-627.

CALABRESI G.

« Concerning Cause and the Law of Torts : An Essay for Harry Kalven, Jr. », *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1975, p. 69-108.

« The complexity of torts ; the case of punitive damages », in M.S. Madden (dir.), *Exploring tort law*, New York : Cambridge University Press, 2005, p. 333 ss. ISBN : 052185136X. KF1250.A2 E97 2005.

CALAIS-AULOY J.

« Une personne morale peut-elle bénéficier de la protection contre les clauses abusives ? », *Rev. Lamy droit civil*, juin 2005, p. 5.

« L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD com.*, 1998, p. 115.

« Droit du marché et droit commun des obligations ; l'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats. », *RTD com.*, 1998, 115 sqq.

« L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 239.

« Propositions pour un nouveau Code de la consommation, Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation », La Doc. fr., 1985, p. 46.

« Les ventes agressives », Dalloz, 1970, p. 37.

« Les sanctions en droit de la consommation. », in B. BOULOC et F. ALT-MAES (dirs.), *Les droits et le droit : mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 75 sqq. KJV7979.D75 2007. ISBN : 2247071066.

« Les délits à grande échelle en droit civil français », RID comp. 1994. 379.

CANIVET, G., « L'interprétation du code civil par la jurisprudence. », in D. FAIRGRIEVE (dir.), *The influence of the French Civil Code on the common law and beyond*, London : British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 31 sqq. ISBN : 9781905221011. K588.A6 I54 2007.

CANNARSA M., « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel . - Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 36, 3 Septembre 2008, I 180.

CAPRIOLI E.A.

« Condamnation pour vol et abus de confiance d'une ex-salariée ayant transféré des fichiers sur une clé USB », *Communication Commerce électronique* n° 3, Mars 2012, comm. 36.

« Éthique et sécurité de l'information », *Communication Commerce électronique* n° 6, Juin 2008, comm. 85.

« L'enjeu de la protection des données à caractère personnel en matière de publicité ciblée », *Communication Commerce électronique* n° 6, Juin 2009, comm. 60.

CARBONNIER J., « La part du droit dans l'angoisse contemporaine : Flexible droit », LGDJ, 1998, p. 17 et s.

CARON C.

« Contrefaçon et sites communautaires : état des lieux jurisprudentiel », *Communication Commerce électronique* n° 12, Décembre 2007, comm. 143.

« Du domaine public en droit des artistes-interprètes : divergences jurisprudentielles », *Communication Commerce électronique* n° 2, Février 2008, comm. 18.

« La loi du 29 octobre 2007 dite «de lutte contre la contrefaçon» », *Communication Commerce électronique* n° 12, Décembre 2007, étude 30.

« Fasc. 556 : Autorité de la chose jugée. Autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. », *JurisClasseur Procédure civile*, 21 mai 2015.

CARTER C.L., « A 50-State Report on Unfair and Deceptive Acts and Practices Statutes », NATIONAL CONSUMER LAW CENTER INC., février 2009.

CARTY H.

« Character merchandising and the limits of passing off », *Legal Studies*, vol. 13, n° 3, novembre 1993, p. 289-307.

« The economic torts and english law : An uncertain future. », *Kentucky Law Journal*, vol. 95, n° 845, 2006 2007.

CARVAL S.

« La forme de réparation », GRERCA <http://grerca.univ-rennes1.fr>, octobre 2010.

« Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC*, 2006, p. 822.

« L'estimation du montant des préjudices concurrentiels. Un possible apport de la directive n° 2014/104 au droit commun de la responsabilité civile. », *D.* 2015, p. 1290.

CASSON PH., « Dommages et intérêts », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2015.

CASTETS-RENARD C., « Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet », *Recueil Dalloz*, 2012, p. 827.

CENTRE DE DROIT DE LA CONCURRENCE YVES SERRA

« Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme ; septembre 2010- octobre 2011 », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 2961.

« Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme ; janvier 2008 - avril 2009 », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1441.

CENTRE DE DROIT DU SPORT DE L'UNIVERSITÉ PAUL CÉZANNE (AIX-MARSEILLE III)

« Un an de sport dans le droit de la communication », *Communication Commerce électronique* n° 11, Novembre 2011, chron. 10.

« Un an de sport dans le droit de la communication », *Communication Commerce électronique* n° 11, Novembre 2010, chron. 10.

« Un an de sport dans le droit de la communication », *Communication Commerce électronique* n° 11, Novembre 2009, chron. 9.

CHABERT C., « Règles de compétence internationale en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale sur Internet », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 44, 29 Octobre 2008, II 10180.

CHAGNY M., GRALL J.-C. et PATETTA G., « Les ventes liées à l'épreuve de la directive sur les pratiques commerciales déloyales in L'harmonisation totale du droit de la consommation dans le marché intérieur : amélioration ou dégradation du droit de la consommation en France ? ».

CHAGNY M.

« La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence - Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations. I. 149 », *JCP G*, 2006.

« Attention à vos clients ! », Communication Commerce électronique n° 2, Février 2012, comm. 16.

« De l'assouplissement du régime des offres liées à l'avènement d'un droit du marché », D. 2009, p. 2561.

« Il est interdit d'interdire les offres conjointes aux consommateurs (bis repetita) ! », Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2010, comm. 63.

« Les pratiques commerciales déloyales vis-à-vis des consommateurs devant la Cour de cassation ! », Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2010, comm. 98.

« Mobiliser la concurrence, les entrepreneurs... », JCP E 2008. Act. 319.

CHAILLOUX C.

« Entrée en fonction du Réseau européen de coopération pour la protection du consommateur », La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 21 Mars 2007, act. 132.

« Le nouveau visage de l'action communautaire pour la protection des consommateurs », Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2007, alerte 9.

CHALTIEL F., « Les avancées de la lutte contre la contrefaçon : la loi du 29 octobre 2007 », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2008, étude 1.

CHAMBERS R., « Two kinds of enrichment », in R. Chambers, C. Mitchell et J.E. Penner (dirs.), *Philosophical foundations of the law of unjust enrichment*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p. 242-278. ISBN : 9780199567751. K920 .P47 2009.

CHANTEPIE G., « La réforme en pratique : les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats. », AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution, 2015, p. 121.

CHAUVEL P., « Consentement », in *Répertoire de droit civil*, Paris : Dalloz, Octobre 2014

« Dol », in *Répertoire de droit civil*, Paris : Dalloz, Avril 2015.

« Violence », in *Répertoire de droit civil*, Paris : Dalloz, janvier 2013.

CHAZAL J.-P., « Le consommateur existe-t-il ? », Dalloz, 1997, p. 260.

CHÉNEDÉ F., « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme. », D.2015, p. 1226

CHEVRIER E., « Application de la règle non bis in idem en matière de sanction concurrentielle », Recueil Dalloz, 2005, p. 3012.

CLARET H., « La loyauté des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs.-Plaidoyer pour une refonte », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2014, étude 1.

CLARET H. et PAISANT G., « Un nouveau projet de loi en faveur des consommateurs », La Semaine Juridique Edition Générale n° 49, 6 Décembre 2006, act. 564.

CLAUDEL E.

« La réitération en droit de la concurrence : un régime juridique sui generis bien sévère », RTD Com. Dalloz, 2008, p. 63.

« Conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle : où l'on mesure la difficulté de chiffrer le préjudice réparable », RTD Com. Dalloz, 2003, p. 77.

« Les sanctions en droit de la concurrence, la sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in C. Chainais et D. Fenouillet (dirs.), Les sanctions en droit contemporain, Paris : Dalloz, 2012 (L'esprit du droit), p. 425-450. ISBN : 9782247110223. KJV4762 .S27 2012.

« Le rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, présenté par Jean-Martin Folz, Christian Raysseguier, Alexander Schaub : de multiples et intéressantes propositions », RTD Com. Dalloz, 2011, p. 70.

« Projet de communiqué sur la méthode de détermination de la sanction pécuniaire : un texte utile, mais perfectible », RTD Com. Dalloz, 2011, p. 74.

CNIL et DGCCRF, IP Tracking : conclusions de l'enquête conjointe menée par la CNIL et la DGCCRF, 27 janvier 2014. URL : <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/ip-tracking-conclusions-de-lenquete-conjointe-menee-par-la-cnil-et-la-dgccrf/>.. Consulté le 10 novembre 2014.

COLBATH B. et SHEPPARD MULLIN RICHTER & HAMPTON LLP, « Second Circuit Clarifies the Use of Legal Presumptions of Consumer Confusion and Injury in Certain Lanham Act Cases », JD Supra, [s.d.]. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/second-circuit-clarifies-the-use-of-legal-10908/>..

COLEMAN J.

« Corrective Justice and Wrongful Gain », Journal of Legal Studies, vol. 11, 1982, p. 421-440.

« The mixed conception of corrective justice », Iowa Law Review, vol. 77, 1992, p. 427-444.

« Tort Law and the Demands of Corrective Justice », Indiana Law Journal, vol. 67, 1992, p. 349-375.

COLLARD CH., ROQUILLY C., PUSTAY M. et ZARDKOOHI A., « De l'efficacité économique à la validité juridique d'une technique d'attraction de la clientèle : contribution à une nouvelle approche de la concurrence déloyale », Dr. et patrimoine, n° 84, juill.-août 2000.

COMBES G., « Fasc. 634 : INCIDENTS DE PROCÉDURE. - Mesures d'instruction. - Dispositions générales », JurisClasseur Procédure civile, n° 64, 27 mars 2013.

CONTE PH.

« Responsabilité du fait personnel », Répertoire de droit civil, Dalloz, Mai 2002.

« Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives . - (Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008) », Droit pénal n° 2, Février 2008, étude 3.

CORNISH W.R., « The international Relations of Intellectual Property. », Cambridge Law Journal, vol. 52, n° 46, 1993.

COTTER T.F. et DMITRIEVA I.Y., « Integrating the right of publicity with first amendment and copyright preemption analysis. », Columbia Journal of Law and the Arts, vol. 33, n° 165, Winter 2010.

COUARD J., « La technique des «joyaux de la couronne» en droit des concentrations ; Aspects juridiques français et communautaire », RTD Com. Dalloz, 2011, p. 201.

COUSY H., « Belgium, Wrongfulness in Belgian Tort Law. », in H. Koziol (dir.), Unification of tort law : wrongfulness, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1998 (Principles of European tort law, vol. 3), p. 31 ss. ISBN : 9041110194. KJC1640 .U55 1998.

COUSY H. et VANDERSPIKKEN A., « Belgium, Damages under Belgian Law », in Ulrich Magnus (dir.), Unification of tort law : damages, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5). ISBN : 9041114815. KJC1610 .U55 2001.

CROSS M., « EU influences "two-thirds of UK law" ; business group », Law Society Gazette, 2 mars 2015. URL : <http://www.lawgazette.co.uk/law/eu-influences-two-thirds-of-uk-law-business-group/5047193.fullarticle>.

CULHANE J.L. JR., FURLETTI M.J., KAPSLINKI A.S. et BALLARD SPAHR LLP, « Voluntarily Providing Cell Phone Number Gives Text Message Consent under TCPA, California and Florida Federal Courts Rule », JD Supra, février 2014. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/voluntarily-providing-cell-phone-number-94964/>.. Consulté le 26 août 2014.

ALÈS T. D' et AYNÈS M., « Ambush marketing. Panorama jurisprudentiel et conseils pratiques. », CCC n° 12, Décembre 2014, étude 12.

ORMESSON O D', « Quantifying damages in civil proceedings - A practitioner's point of view », in J.-Y. Art et Institut de droit de la concurrence (Paris) (dirs.), New frontiers of antitrust 2011, Brussels : Bruylant, 2012, p. 79 ss. ISBN : 9782802735922 2802735926.

SILVA V. DA, « Jeu et droit », La Semaine Juridique Edition Générale n° 39, 26 Septembre 2011, 1029.

DAVIS K. et ALLEN & OVERY, « A new era for « good faith » in English contract law ; the next instalment ? », 30 septembre 2014. URL : <http://www.allenovery.com/publications/en-gb/Pages/A-new-era-for-good-faith-in-English-contract-law-the-next-instalment.aspx>.

DAWSON J.-P., « Restitution without enrichment », Boston University Law Review, 1981, p. 563.

DAMPIERRE M.-A. DE, « Pratique contentieuse La protection de la valeur économique par le parasitisme », Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2010, 14.

NAUW A. DE et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, « Rapport général, les sanctions en cas d'atteinte à la concurrence », in La concurrence, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 275 ss. ISBN : 978-2-908199-76-9.

DEBET A., « Priceminister : pas de droit de rétractation dans les ventes entre particuliers conclues sur la plate-forme », Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2011, comm. 37.

DECOCQ G., « Vers une «class action» des consommateurs dans les procédures de concurrence », Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2006, comm. 162.

DESHAYES O., « Le dommage précontractuel », RTD Com. Dalloz, n° 187, 2004.

DGCCRF, BENZONI L. et VOGEL L., « Atelier de la DGCCRF : Le droit français de la consommation confronté au droit européen des pratiques commerciales déloyales », 7 octobre 2014.

HAUTECLOCQUE S. DE et CHARBIT N., « L'action en indemnité des victimes de pratiques anticoncurrentielles », D. affaires, n° 168, 1999, p. 1063.

VAREILLES-SOMMIÈRES P. DE, « Jugement étranger (Matières civile et commerciale) », Rép. Dalloz, 2008.

DEBET A.

« Dailymotion : toujours un hébergeur pour la cour d'appel de Paris », Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2010, comm. 74.

« Generalia specialibus non derogant : un adage de droit romain appliqué au commerce électronique », Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2008, comm. 79.

« La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 : de nouvelles règles européennes encadrant les contrats à distance », Communication Commerce électronique n° 4, Avril 2012, étude 8.

« Le comparateur de prix Leclerc : suite », Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2007, comm. 95.

« Les dispositions du Code de la consommation relatives au droit du commerce et des communications électroniques modifiées par la loi Chatel », Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2008, comm. 40.

« Un site d'annonces immobilières condamné pour publicité et pratiques commerciales trompeuses », Communication Commerce électronique n° 10, Octobre 2009, comm. 90.

DEJEAN DE LA BÂTIE N., « Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français », Revue internationale de droit comparé, vol. 18, n° 1, 1966, p. 293-294.

DELEBECQUE PH., JOURDAIN P. et MAZEAUD D., « Responsabilité civile : panorama 2004 », Recueil Dalloz, 2005, p. 185.

DELEBECQUE PH., « La formation de la vente entre professionnel et consommateur, in La vente éclatée », RJ com., n° spécial, 1997, p. 21 et s.

DELPECH X., « Clause abusive : le contrat ne peut être annulé en son entier », Dalloz actualité, 26 mars 2012.

DEMOTT D.A., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : Breach of fiduciary duty : On justifiable expectations of loyalty and their consequences. », Arizona Law Review, vol. 48, n° 925, Winter 2006.

DEWOST J.-L. et LASSERRE B., « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, p. 187.

DICKINSON A., « Cross-Border Torts in EC Courts - A Response to the Proposed Rome II Regulation », European Business Law Review, vol. 3, p. 369.

DIETZ L.H., « Actions », in American Jurisprudence, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014.

DOBBS D.B., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : An introduction to non-statutory economic loss claims. », Arizona Law Review, vol. 48, n° 713, Winter 2006.

DOGAN S.L. et LEMLEY M.A., « The Merchandising Right : Fragile Theory or Fait Accompli ? », Emory Law Journal, vol. 54, n° 461, 472, 2005.

DOLAN J.F., « Letter of credit litigation under UCC article 5 : A case of statutory preemption. », The Wayne Law Review, vol. 57, n° 1269, Winter 2011.

DOUGHERTY F.J., « Symposium international rights of publicity : Symposium : Foreword : The right of publicity - Toward a comparative and international perspective. », Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal, vol. 18, n° 421, 1998.

DREVEAU C., « Réflexions sur le préjudice collectif », RTD Civ. Dalloz, 2011, p. 249.

DREYER E.

« Droit pénal spécial », Ellipses, coll. «cours magistral», 1064 et s., 2008.

« Un an de droit de la publicité », Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2008, chron. 7.

DRINKER BIDDLE & REATH LLP, « United Kingdom and European Union Continue Push Toward Private Actions », JD Supra, 14 avril 2014. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/united-kingdom-and-european-union-contin-72473/>.. Consulté le 26 août 2014.

DUBAIL C.-H. et SALOMON F., « Fasc. 4420 : VENTE PAR ABONNEMENT », Juris-Classeur Communication, n° 167, 20 février 2011.

DUPONT N., « Vente liée d'ordinateurs et de logiciels : une victoire en demi-teinte des consommateurs », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 51, 23 Décembre 2010, 2135.

DWORKIN G., « Unfair Competition : Is the Common Law developing a new Tort ? », European Intellectual Property Review, n° 241, 1979.

EDELMAN J., « The meaning of loss and enrichment », in R. Chambers, C. Mitchell et J.E. Penner (dirs.), *Philosophical foundations of the law of unjust enrichment*, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, p. 211-241. ISBN : 9780199567751. K920 .P47 2009.

EIDENMÜLLER H., FAUST F., GRIGOLEIT H.-C., JANSEN N., WAGNER G. et ZIMMERMANN R., « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen ; Les questions de son évaluation et les problèmes de codification », *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2008, p. 761.

ERCIM et MALLET-POUJOL N., « Droit de l'Internet », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 9, 3 Mars 2011, 1184.

ESMEIN P., « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *RTD civ.*, 1933, p. 627.

FALKMAN A.-L., « Les ventes subordonnées, ventes avec primes et loteries sont désormais officiellement licites : avancée juridique ou casse-tête à venir ? », *Contrats Concurrence Consommation* n° 8, Août 2011, alerte 64.

FARRELL T.B., GORE A.G., SURETTE E.C. et ARSDALE B.J. VAN, « Parties », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014.

FASQUELLE D. et MÉSA R.

« La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le Rapport Catala », *Dalloz, Chron.* 2666, 2005.

« Les fautes lucratives et les assurances dommages », *RGDA*, 2005, p. 351.

FASQUELLE D.

« L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA*, n° 232, 20 novembre 2002, p. 27.

« Concurrence déloyale ou «dommages punitifs» ; Exposé introductif, dans *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence* », *Gaz. Pal. doct.* 1681, 2001.

« Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle », *Rev. conc. consom.*, n° 115, mai-juin 2000, p. 14.

« La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », RTD Com. Dalloz, 1998, p. 763.

FEDTKE J. et WAGNER-VON PAPP F., « Germany », in K. Oliphant et B.C. Steininger (dirs.), *European tort law : basic texts*, Vienna : Jan Sramek Verlag, 2011 (*European Tort Law*), p. 91-105. ISBN : 9783902638502. KJC1640 .A48 2011.

FEINMAN J.M.

« Teaching economic torts. », *Kentucky Law Journal*, vol. 95, n° 893, 2006 2007.

« Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : The economic loss rule and private ordering. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 813, Winter 2006.

FELDMAN A. M. et KIM J., « The Hand Rule and United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered », *American Law and Economics Review*, vol. 7, n° 2, 1 septembre 2005, p. 523-543.. Consulté le 17 août 2014.

FELDMAN J.-P.

« Une prime à la souveraineté du consommateur ? », *Dalloz*, chron. 2186, 2008.

« Le consommateur est-il pieds et poings liés à son logiciel ? », *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2009, alerte 39.

FELDTHUSEN B., « Symposium : Does the world still need united states tort law ? Or did it ever ? : What the United States taught the Commonwealth about pure economic loss : Time to repay the favor. », *Pepperdine Law Review*, vol. 38, n° 309, 2011.

FENOUILLET D.

« La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et réforme des pratiques commerciales déloyales », *RDC* 2009. 128.

« Premières remarques sur le projet de loi « en faveur des consommateurs » Ou comment un inventaire à la Prévert dissimule mal l'asphyxie de l'action de groupe », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2987.

FERRIER D. et FERRÉ D., « La réforme des pratiques commerciales : loi no 2008-3 du 3 janvier 2008 », *CCC* 2008, Étude n° 2.

FERRIER D., « La réforme des pratiques commerciales. Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 », *Dalloz*, 2008, p. 429.

FESLER D., « La déontologie publicitaire, in *L'autorégulation* », Bruxelles-Bruylant, 1995, p. 82.

FISCHER J., « Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile », p. 387.

FLETCHER G.P.

« The Search for Synthesis in Tort Theory », *Journal of Law and Philosophy*, vol. 2, 1983, p. 63-88.

« Fairness and Utility in Tort Theory », *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, p. 537-573.

FOLLIARD-MONGUIRAL A., « Florilège de jurisprudence 2006 en matière de droit communautaire des marques », *Propriété industrielle* n° 2, Février 2007, étude 4.

FOURGOUX J.-C., « La réparation du préjudice des entreprises victimes de pratiques anti-concurrentielles », *JCP* 1999 éd. E.Comm.2005.

FOURNIER S.

« Fasc. 10 : PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES », *JurisClasseur Pénal des Affaires*, 20 mars 2015.

« De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », *Droit pénal* n° 2, Février 2008, étude 4.

« L'apport des incriminations pénales au droit des contrats », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice*, Paris : Éditions Cujas, 2012 (Actes & Études), p. 113-124. ISBN : 9782254134038. KJV7979 . D775 2012.

« Fasc. 20 : PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES », *JurisClasseur Lois pénales spéciales*, n° 48-50, 20 mars 2015.

FOWLER, JR. C.E., « Business leadership symposium : the economic loss rule and its application to the tort of negligent misrepresentation in Texas. », *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 18, n° 893, Summer 2012.

FRIEDMANN D., « Good Faith and Remedies for Breach of Contract. », in J. BEATSON et D. FRIEDMANN (dirs.), *Good faith and fault in contract law*, Oxford : New York : Clarendon Press ; Oxford University Press, 1995, p. 399 sqq. ISBN : 0198259239. K840 .G665 1995.

FRISON-ROCHE M.-A., « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA*, Chron. 483, 1994.

GALAND-CARVAL S., « France, Damages under French Law », in Ulrich Magnus (dir.), *Unification of tort law : damages*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5), p. 77 ss. ISBN : 9041114815. KJC1610 .U55 2001.

GALLIGAN JR. T.C., « U.S. Supreme Court Tort Reform : Limiting State Power to Articulate and Develop Tort Law : Defamation, Preemption, and Punitive Damages », *University of Cincinnati Law Review*, vol. 74, n° 1189, 2006.

GALLOUX J.-C. et HAAS G., « Les noms de domaine dans la pratique contractuelle », *Comm. com. électr.* 2000, chron. 2, p. 11.

GARDE A. et HARAVON M., « Pratiques commerciales déloyales : naissance d'un concept européen », LPA, n° 127, juin 2006, p. 9 s.

GARFIELD L.Y., « The death of slander », Columbia Journal of Law and the Arts, vol. 35, n° 17, Fall 2011.

GARROD L., HVIID M., LOOMES G. et PRICE C.W., « Competition Remedies in Consumer Markets », Loyola Consumer Law Review, vol. 21, n° 439, 2009.

GAUDEMET-TALLON H., « Compétence internationale : matière civile et commerciale », Répertoire de droit international Dalloz, Juin 2015.

GAUTIER P.-Y.

« Fonction normative de la responsabilité : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent », Dalloz, n° 7328, 13 mars 2008, p. 727-729.

« L'inutile et le droit (suite) : l'acheteur n'a plus le libre exercice de l'action réhibitoire », RTD Civ. Dalloz, 1998, p. 397.

GEDGE J., « Rescuecom v. Google : free riding or fair play », Midwest Law Journal, vol. 24, n° 1, Spring 2010.

GEIER K.E. et SHEPARD W.S., « "Good" bad faith vs. "bad" bad faith : equitable principles and the doctrines of adverse possession and prescription », Miller & Starr Real Estate Newsletter, vol. 24, n° 3, janvier 2014, p. 225 ss.

GERGEN M.P.

« Negligent misrepresentation as contract. », California Law Review, vol. 101, n° 953, août 2013.

« Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : The ambit of negligence liability for pure economic loss. », Arizona Law Review, vol. 48, n° 749, Winter 2006.

GHESTIN J., CHAGNY M., SAUPHANOR-BROUILLAUD N., CONSTANTIN A. et WINTGEN R., « Droit des obligations », La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 17 Janvier 2007, I 104.

GHESTIN J. et SERINET Y.M., « Erreur », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, janvier 2015.

GHOSH S., « Gray markets in cyberspace. », Journal of Intellectual Property Law, vol. 7, n° 1, Fall 1999.

GIFFORD D.G., « The challenge to the individual causation requirement in mass products torts. », Washington and Lee Law Review, vol. 62, n° 873, Summer 2005.

GIRAUDEL C., « Fasc. 224-10 : RÉGIME DE LA RÉPARATION. - Action en réparation. - Autorité de la chose jugée », JurisClasseur Civil Code, 17 s., 17 novembre 2011.

GOLDBERG J.C.P, SEBOK A.J. et ZIPURSKY B.J., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : The place of reliance in fraud. », Arizona Law Review, vol. 48, n° 1001, Winter 2006.

GOLDSTEIN G., « Chronique de droit international privé canadien (2004-2009) . - Première partie : Droit civil québécois », Journal du droit international (Clunet) n° 4, Octobre 2010, chron. 7.

GONZÁLEZ CAMPOS J.D. et HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW (DEN HAAG), « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé : Cours général », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye = Collected courses of the Hague Academy of International Law, vol. 2000, 2001, p. 9-426.

GORDLEY J., « Common law und civil law, eine überholte Unterscheidung. », ZEuP 1-1993. 498 s.

GOUGÉ E. et L'HONNEN-FROSSARD L., « Développements communautaires récents en matière de publicité comparative », Propriété industrielle n° 4, Avril 2008, étude 8.

GRAFT K., « Sony Screws Up », BusinessWeek : innovation and design, 19 décembre 2006. URL : <http://www.businessweek.com/stories/2006-12-19/sony-screws-upbusinessweek-business-news-stock-market-and-financial-advice>. Consulté le 10 novembre 2014.

GRARE-DIDIER C., « Du dommage », in François Terré (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), p. 131 ss. ISBN : 9782247106851. KJV3008 .P68 2011.

GREEN L., « Deceit », Virginia Law Review, vol. 16, n° 749, 1930.

GROSSKOPF O., « Symposium : Restitution and unjust enrichment : Protection of Competition Rules Via the Law of Restitution. », Texas Law Review, vol. 79, n° 1981, juin 2001.

GRYNBAUM L., « LCEN. Une immunité relative des prestataires de services internet », CCE, étude 28, n° 9, septembre 2004.

GUERCHOUN F. et PIEDELIÈVRE S., « Le règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », Gaz. Pal. 21-23 oct. 2007, p. 4 et s., 28-30 oct. 2007, p. 9 et s.

GUINCHARD S.

« Une class action à la française », Recueil Dalloz, 2005, p. 2180.

« Fasc. 1215 : RESPONSABILITÉ DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS. - Droit de critique. Boycott », *JurisClasseur Concurrence - Consommation*, 45 s., 5 janvier 2011.

« Vingt ans après, l'évolution des sanctions de la publicité mensongère, in *Mél. Albert Chavanne* », *Litec*, p. 11 s.

HAAS M.-E.

« Un an de droit français des noms de domaine », *Propriété industrielle* n° 5, Mai 2011, chron. 5.

« Un an de jurisprudence française sur les noms de domaine », *Propriété industrielle* n° 5, Mai 2010, chron. 5.

HANSEN M. et ABA, « Negative reviews of dog obedience school on Yelp, Angie's List lead to defamation lawsuit », *ABA Journal*, 26 mars 2015. URL : http://www.abajournal.com/news/article/negative_reviews_lead_to_lawsuit/.

HARAVON M. et GARDE A., « La directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales : vers un renforcement de la protection des consommateurs en Europe », *Revue du droit des technologies de l'information* 2007, n° 28, 2007, p. 171, spéc. 183 et s.

HARDOUIN R., « Le web 2.0, *Lamy droit des médias et de la communication* », 476-17 in fine, novembre 2009.

HAWLEY A.E., « Taking spam out of your cyberspace diet : Common Law applied to bulk unsolicited advertising via electronic mail. », *University of Missouri-Kansas City Law Review*, vol. 66, n° 381, Winter 1997.

HEARN A. et DECHERT LLP, « The Defamation Act 2013 : To sue or not to sue ? », *JD Supra*, 12 janvier 2015. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/the-defamation-act-2013-to-sue-or-not-t-81216/>.

HEIM S.M., « The role of extra-judicial bodies in vindicating reputational harm. », *Comm-Law Conspectus*, vol. 15, n° 401, 2007.

HENRY G., « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2009, étude 2.

HILL R. et BEAN, KINNEY & KORMAN, PC, « Small Businesses : Responding to and Resolving Scathing (or False) Online Reviews », *JD Supra*, 4 mars 2015. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/small-businesses-responding-to-and-reso-61335/>.

HOLLEAUX D., « Les conséquences de la prohibition de la révision : Travaux comité fr. », *DIP* 81, 1980, p. 53.

HOROVITZ B.L., « Computer software as a good under the uniform commercial code : Taking a byte out of the intangibility myth. », *Boston University Law Review*, vol. 65, n° 129, janvier 1985.

HOUTCIEFF D., « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA*, n° 115, 2005.

HOWARTH W., « The Meaning of Objectivity in Contract. », *Law Quarterly Review*, vol. 100, n° 265, 1984.

HUET J., « Union européenne et démocratie : prohibition des arrêts de règlement et avis de décès de l'article 5 du Code civil », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 17, 25 Avril 2011, 473.

HUGLO J.-G., « Fasc. 490 : VOIES DE DROIT ET MOYENS D'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE EN FRANCE », *JurisClasseur Europe Traité*, 13 septembre 2012.

HUILLIER J., « Propriété intellectuelle : des dommages et intérêts punitifs, pas si punitifs », *Gaz. Pal.*, juill 2009.

IBBETSON D., « Harmonisation of the Law of Tort and Delict : A Comparative and Historical Perspective, in Reinhard Zimmermann (éd.) », *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 2003, p. 133 s.

IDOT L.

« Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE/HONEYWELL », *Concurrences* n° 2, 2005, p. 31.

« Pratiques commerciales déloyales », *Europe* n° 1, Janvier 2011, comm. 30.

« La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2681.

« Le rôle des consommateurs dans le public enforcement », in Jean-Yves Art et Institut de droit de la concurrence (Paris) (dirs.), *New frontiers of antitrust 2011*, Brussels : Bruylant, 2012, p. 105 ss. ISBN : 9782802735922 2802735926.

INFOREG, « Les pratiques commerciales déloyales », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 1, Janvier 2008, prat. 1.

INTERNATIONAL EXCELLENCE (dir.), *France Vichy Cosmetics : Blog or not to blog ?*, 2008. URL : http://openmultimedia.ie.edu/openproducts/vichy_i/vichy_i/entrada4.html. Consulté le 10 novembre 2014.

IZORCHE M.-L. et Centre de droit de la concurrence de l'Université de Perpignan, « Droit du marché et droit commun des obligations ; les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme. », *RTD com.*, 1998, 17 sqq.

JACOBS H.K. et KIM S.D., « Social media symposium : IP Twitter-style : Understanding practical and legal risks in promoting a brand through social media », Pennsylvania Bar Association, vol. 81, n° 81, avril 2010.

JANSEN N., « Binnenmarkt », *Privatrecht und europäische Identität*, 2004, p. 33 s.

JAUFFRET-SPINOSI C., « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA*, 20 novembre 2002, p. 8.

JEANNE A., « La libre prestation de services et la protection des consommateurs : une conciliation délicate », *Europe* n° 6, Juin 2007, dossier 16.

JEHL J., « Suisse : entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la concurrence déloyale », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 15, 9 Avril 2012, 458.

JESTAZ P., « La sanction ou l'inconnue du droit », *Dalloz, Chron.* 197, 1986.

JEULAND E.,

« L'expertise commerciale », *Recueil Dalloz*, 2000, p. 209.

« Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe » : *JCP G* 2013, n° 37, 927.

JIMÉNEZ MANCHA J.C. et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, « Rapport espagnol, les sanctions en cas d'atteinte à la concurrence », in *La concurrence*, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 345 ss. ISBN : 978-2-908199-76-9.

JOBIN P.-G., « Les dommages punitifs en droit québécois, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy* », *Dalloz*, 2003, p. 536 s.

JOHNSON V.R., « The boundary-line function of the economic loss rule. », *Washington and Lee Law Review*, vol. 66, n° 523, Spring 2009.

JOURDAIN P.

« Illustration du principe de la réparation intégrale du préjudice économique », *RTD Civ. Dalloz*, 2009, p. 334.

« Présomption de dommage et concurrence déloyale », *RTD Civ. Dalloz*, 2002, p. 304.

« Comment traiter le dommage potentiel ? », *Responsabilité civile et assurances* n° 3, Mars 2010, dossier 11.

JOUVENAL J., « Negative Yelp, Angie's List reviews prompt dog obedience business to sue », *The Washington Post*, , 25 mars 2015. URL : http://www.washingtonpost.com/local/crime/negative-yelp-review-of-dog-obedience-class-spurs-lawsuit/2015/03/25/eb92dab6-d183-11e4-8fce-3941fc548f1c_story.html?hpid=z5.

JULIEN J., « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2014, dossier 2.

KADNER GRAZIANO T., « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle ; règlement Rome II », *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, 2008, p. 445.

KAMINA P., « Quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon », *Cah. dr. entr.*, n° 4, 2007, p. 35.

KAYSER P., « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, n° 35, 1971, p. 445.

KENNETH W.S., « Symposium : Deontology, Negligence, Tort, and Crime. », *Boston University Law Review*, vol. 76, n° 273, avril 1996.

KLEIN A.R., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : Comparative fault and fraud. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 983, Winter 2006.

LAFRANCE M., « Passing off and unfair competition : conflict and convergence in competition law. », *Michigan State Law Review*, vol. 2011, n° 1413, 2011.

LANDRIGAN E.J., « The weakest link : Application of the property damage statute of limitation to tort claims for purely economic damages. », *The University of Memphis Law Review*, vol. 32, n° 45, Fall 2001.

LAPOYADE DESCHAMPS C., « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n° 2, Avril-juin 1998, *Contributions françaises au 15^e Congrès international de droit comparé (Bristol, 26 juillet-1^{er} août 1988)*, p. 267-381.

LARRIEU J.

« La cyberconcurrence internationale », *Propriété industrielle* n° 6, Juin 2007, comm. 56.

« Le comparateur de prix et les pratiques commerciales déloyales », *Propriété industrielle* n° 3, Mars 2012, comm. 28.

« Le stagiaire indélicat », *Propriété industrielle* n° 3, Mars 2011, comm. 27.

« Pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs », *Propriété industrielle* n° 9, Septembre 2009, comm. 53.

« Un an de concurrence déloyale », *Propriété industrielle* n° 6, Juin 2009, chron. 5.

« Un an de droit de la concurrence déloyale », *Propriété industrielle* n° 9, Septembre 2011, chron. 8.

STANC C. LE, « Conflit de textes », *Propriété industrielle* n° 12, Décembre 2008, repère 11.

TOURNEAU PH. LE

« Des mérites et vertus de la responsabilité civiles », *Gaz. Pal.*, 1, 1985, p. 284.

- « Contrats informatiques », Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2012.
- « Préjudice », Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 1302 s., 2010.
- « Responsabilité (en général) », in Répertoire de droit civil, Paris : Dalloz, Avril 2015.
- « Droit du marché et droit commun des obligations ; De la spécificité du préjudice concurrentiel », RTD Com. Dalloz, 1998, p. 83 sqq.
- « La modernité du parasitisme », Gaz. Pal. 2001. 2. doctr. 1590.
- « Le parasitisme dans tous ses états », D.1993, chr., p.310.
- « Liberté, égalité et fraternité dans le droit de la concurrence », Gaz. Pal. 1991. 1, doctr. 348.

LECHEVALLIER V., « Les préjudices matériel et moral reconnus aux personnes morales », Europe n° 5, Mai 2004, comm. 171.

LECLERC F., « L'action en concurrence déloyale, palliatif au défaut d'applicabilité directe horizontale de règles du droit communautaire de la concurrence », Recueil Dalloz, 2000, p. 322.

LEDUC F.

« Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2010, dossier 3.

« Fasc. 201 : RÉGIME DE LA RÉPARATION. - Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. - Principes fondamentaux », JurisClasseur Civil Code, 2 juin 2014.

LÉGIER G., « Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles », JCP 2007. I. 207.

LEGRAND V. et BLIN B., « Offres conjointes d'ordinateurs équipés de logiciels : quelles perspectives ? », Recueil Dalloz, 2011, p. 2886.

LEPAGE A.

- « Personnalité (droits de la) », Répertoire de droit civil, Dalloz, juin 2015.
- « Un an de droit pénal de la consommation », Dr. pén. 2010, chron. 4.
- « Un an de droit pénal de la consommation (avril 2008-avril 2009) », Dr. pén. 2009, chron. 5.
- « Un an de droit pénal de la consommation . - Avril 2009 - avril 2010 », Droit pénal n° 5, Mai 2010, chron. 4.
- « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007 - avril 2008) », Droit pénal n° 5, Mai 2008, chron. 4.
- « Droit pénal et droit de la consommation », in J.-C. Saint-Pau (dir.), Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, Paris : Éditions Cujas, 2012 (Actes & Études), p. 247-256. ISBN : 9782254134038. KJV7979 . D775 2012.

LEVENEUR L., « Un peu de concurrence, beaucoup de droit de la consommation . - À propos de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 », La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 30 Janvier 2008, act. 69.

LIPTON J.D., « Celebrity in cyberspace : A personality rights paradigm for personal domain name disputes. », Washington and Lee Law Review, vol. 65, n° 1445, Fall 2008.

LITAN R.E., « The liability explosion and american trade performance myths and realities », in P.H. Schuck, American Bar Association, Tort and Insurance Practice Section et American Assembly (dirs.), Tort law and the public interest : competition, innovation, and consumer welfare, New York ; London : W.W. Norton & Co., 1991. ISBN : 0393029271 9780393029277 0393961095 9780393961096.

LOIR R., « La victime a-t-elle l'obligation de minimiser son dommage ? », Recueil Dalloz, 2009, p. 1114.

LOISEAU G., « Nom de domaine et internet : turbulence autour d'un nouveau signe distinctif », Dalloz, n° 6, 1999, p. 245.

LO S., « Limitations in the regulation of unfair marketing practicies in Hong Kong. », Journal of International Business & Law, vol. 7, n° 77, Spring 2008.

LUBY M.

« Publicité commerciale », Répertoire de droit européen, Dalloz, juin 2015.

« Fasc. 790 : DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION », JurisClasseur Concurrence - Consommation, n° 33-35, 2 avril 2012.

« Protection des consommateurs : publicité et communications commerciales (Dir. n° 2005/29, 11 mai 2005, JOUE n° L. 149, 11 juin 2005, p. 22) », RTD Com. Dalloz, 2005, p. 631.

« La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales (une illustration de la nouvelle approche prônée par la Commission européenne) », Europe n° 11, Novembre 2005, étude 11.

« La directive sur les pratiques commerciales déloyales : une nouvelle approche prônée par la Commission européenne », Europe 2005, étude 11.

« La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance. », Contrats, conc. consom., 2000, Chron. 1.

« Voyage offert à prix réduit aux abonnés d'un quotidien et réglementation des clauses abusives », RTD Com. Dalloz, 2000, p. 262.

« La notion de consommateur en droit communautaire », Contrats Concurrence Consommation, 2000, Chron. 1.

LUBY M. et FOURNIER S., « Droit international et européen », La Semaine Juridique Edition Générale n° 31, 27 Juillet 2009, 181.

LUCAS DE LEYSSAC C., « La réparation du dommage à l'économie », *Rev. conc. consom.*, n° 86, 1995, p. 67.

LUCIANI A.-M., « Regards critiques sur l'article 6 du règlement «Rome II» relatif à la loi applicable à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la libre concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 48, 27 Novembre 2008, 2428.

MAGNUS U.

« Germany, Damages under German Law », in Ulrich Magnus (dir.), *Unification of tort law : damages*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5), p. 89 ss. ISBN : 9041114815. KJC1610 .U55 2001.

« United States Damages under US Law », in Ulrich Magnus (dir.), *Unification of tort law : damages*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5), p. 185 ss. ISBN : 9041114815. KJC1610 .U55 2001.

MAINGUY D. et DEPINCÉ M.,

« Pour l'action de groupe en droit français », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 20, 16 mars 2013, act. 355.

« L'introduction de l'action de groupe en droit français », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 12, 20 mars 2014, 1144.

MAINGUY D.

« A propos des propositions du «rapport Attali» et des projets de réforme du droit de la concurrence », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 3019.

(dir.), « L'introduction en droit français des class actions », *LPA*, n° 254, 22 décembre 2005, p. 6.

MALAUZIE-VIGNAL M.

« Le parasitisme des investissements et du travail d'autrui. », *Chron.* 177, 1996.

« Conditions d'interdiction des ventes liées », *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, Janvier 2011, comm. 9.

« De la qualité pour agir en concurrence déloyale », *Contrats Concurrence Consommation* n° 2, Février 2010, comm. 48.

« La Commission d'examen des pratiques commerciales donne son agrément à un projet de charte de réduction des délais de paiement », *Contrats Concurrence Consommation* n° 3, Mars 2008, comm. 72.

« L'ADLC émet un avis prudent sur la pratique de «management catégoriel» », *Contrats Concurrence Consommation* n° 2, Février 2011, comm. 30.

« Le dépôt d'un nom de domaine ne doit pas être constitutif d'une pratique déloyale », *Contrats Concurrence Consommation* n° 2, Février 2006, comm. 26.

« L'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 44, 31 Octobre 2007, II 10181.

« Pour être sanctionné au titre de la concurrence déloyale, doit être prouvé un comportement déloyal destiné à fausser le libre jeu de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2011, comm. 189.

« Rapports entre pratique anticoncurrentielle et pratique déloyale en matière de pratique tarifaire », Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2006, comm. 48.

« Une offre de vente liée n'est pas une pratique déloyale per se », Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2010, comm. 253.

« L'article L. 442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte ? », Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2006, étude 10.

« La Cour de cassation pose des conditions strictes pour que la théorie de l'« ambush marketing » soit retenue. », CCC n° 8-9, Août 2014, comm. 191.

« Une concurrence illicite est une concurrence déloyale. », CCC n° 4, Avril 2014, comm. 92.

MALINVAUD PH., « L'erreur sur la substance », D. 1972. Chron. 215.

MANARA C.

« Critique commerciale sur un site web étranger : le juge français est-il compétent ? », Recueil Dalloz, 2008, p. 2284.

« Qui veut la peau de la revente en ligne ? La distribution sélective de cosmétiques sur internet », Recueil Dalloz, 2008, p. 2862.

MANATT, PHELPS & PHILLIPS, LLP, « Advertising Law », JD Supra, 28 octobre 2013. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/advertising-law-oct-28-2013-51068/>. Consulté le 25 août 2014.

MARÍN LÓPEZ J.J. et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, « Rapport espagnol, la concurrence déloyale », in La concurrence, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 127 ss. ISBN : 978-2-908199-76-9.

MARINO L.

« La bonne conduite sur internet : ne pas spammer ! », Recueil Dalloz, 2002, p. 1544.

« Internet et concurrence déloyale », Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2007, étude 27.

« L'affaire l'Oréal : le droit des marques et la publicité comparative sous le sceau du parasitisme », La Semaine Juridique Edition Générale n° 31, 27 Juillet 2009, 180.

MARTIN D., « La réparation du préjudice des investisseurs en cas de fausse information », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 9 Septembre 2010, 1777.

MARTIN J.-P., « Le nouveau régime des dommages-intérêts de contrefaçon de titres de propriété intellectuelle selon la directive européenne du 29 avril 2004 », Propr. ind. 2004, étude 17.

MARTÍN-CASALS M.

« Principis per a una proposta de regulació de la responsabilitat extracontractual al codi civil de catalunya », in Institut de Dret Privat europeu i comparat de la Universitat de Girona (dir.), Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya : materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa, Girona : Documenta Universitaria, 2012. ISBN : 9788499841410 8499841414.

« La "modernización" del derecho de la responsabilidad extracontractual », in Asociación de Profesores de Derecho Civil. Jornadas (dir.), Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil, Murcia : Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2011. ISBN : 9788483714836 8483714833.

MARTINET L. et CHASTEL A. DU, « Du retour de l'action de groupe et du mythe de Sisyphe », LPA, n° 49, 10 mars 2009.

MARTINI-BERTHON PH., « La reconstitution de monopole à l'expiration des droits de dessins et modèles est-elle légitime ? », Propriété industrielle n° 11, Novembre 2010, étude 15.

MASSON A., « L'approche «Law & Management» », RTD Com. Dalloz, 2011, p. 233.

MATHEY N, « La bonne foi dans la mise en place d'un réseau de distribution », Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2009, comm. 163.

MAZEAUD D.

« Droit du marché et droit commun des obligations ; l'attraction du droit de la consommation. », RTD com., 1998, 95 sqq.

« L'attraction du droit de la consommation », RTD com., 1998, p. 95.

« Les conventions portant sur les réparations, in L'avant projet de réforme du droit de la responsabilité. », Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne [Paris I] le 12 mai 2006, RDC 2007. 149, p. 158 et s.

« Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses) », in J.-C. Saint-Pau (dir.), Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, Paris : Éditions Cujas, 2012 (Actes & Études), p. 101-111. ISBN : 9782254134038. KJV7979 . D775 2012.

« Les sanctions en droit des contrats, brèves réflexions sur quelques tendances lourdes ... », in C. Chainais et D. Fenouillet (dirs.), Les sanctions en droit contemporain, Paris : Dalloz, 2012 (L'esprit du droit), p. 235-256. ISBN : 9782247110223. KJV4762 .S27 2012.

MAZEAUD H., « Les rentes «flottantes» et la réparation des accidents », Dalloz 1951. Chron. 17.

MEISTER M.

« Invitation à l'achat », Europe n° 7, Juillet 2011, comm. 266.

« Pratiques commerciales déloyales », Europe n° 8, Août 2011, comm. 322.

« Pratiques commerciales déloyales », Europe n° 3, Mars 2010, comm. 120.

MENDOZA-CAMINADE A., « De la loyauté de toute compétition économique ou les mérites (redécouverts) de la concurrence déloyale », LPA, 17 octobre 2008, p. 4.

MERRITT A.L., « Damages for emotional distress in fraud litigation : Dignitary torts in a commercial society. », *Vanderbilt Law Review*, vol. 42, n° 1, janvier 1989.

MERVYN A.A., « The Marilyn Monroe effect : The postmortem right of publicity's property interests must survive a personality's death in jurisdiction worldwide. », *Southwestern Journal of International Law*, vol. 19, n° 181, 2012.

MESTRE J., « La protection, indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public », *JCP* 1974. I. 2623, spéc. no 4.

MICHEL V., « Modalités d'interprétation et de transposition d'une directive », Europe n° 6, Juin 2009, comm. 251.

MINNETI J.J., « Is it too easy being green ? A behavioral economics approach to determining whether to regulate environmental marketing claims », *Loyola Law Review*, vol. 55, n° 653, Winter 2009.

MORRIS M.B., « Trademarks and Tradenames », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014.

MUIR WATT H., « De la localisation d'un préjudice patrimonial subi à l'occasion de placements financier à l'étranger », *Revue critique de droit international privé*, Dalloz, 2005, p. 326.

MUNDAY R., « The Common Lawyer's Philosophy of Legislation », *Rechtstheorie*, vol. 14, n° 191, mars 1983.

MURCHISON B.C., « Sullivan's Paradox : The Emergence of Judicial Standards of Journalism », *North Carolina Law Review*, vol. 73, p. 7.

NARESH S., « Passing Off, Goodwill and False Advertising : New Wine in Old Bottles. », *Cambridge Law Journal*, vol. 45, n° 97, 1986.

NEFFLEN J.P. et BURR & FORMAN, « Tennessee Tort Reform Ruled Unconstitutional », *JD Supra*, 11 mars 2015. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/tennessee-tort-reform-ruled-unconstitut-68948/>.

NELSON ENG R., « A likelihood of infringement the purchase and sale of trademarks as adwords. », *Albany Law Journal of Science & Technology*, vol. 18, n° 493, 2008.

NOTTÉ G.

« Loi de modernisation de l'économie », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 31, 31 Juillet 2008, act. 381.

« Loi n° 2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 23, 9 Juin 2011, act. 291.

« Projet de loi en faveur des consommateurs », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 46, 16 Novembre 2006, act. 494.

« Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 24, 16 Juin 2011, act. 304.

NOURISSAT C. et TREPPOZ E., « Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) », JDI, 2003, p. 7.

NUSSENBAUM M. et PERRIN A., « Comment évaluer un préjudice industriel et commercial ? », Option Finance, n° 690, 21 mai 2002, p. 31.

OLSZAK N., « Appellations d'origine et indications de provenance (Indications géographiques) », Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2012.

OLIPHANT K., « England and Wales », in K. Oliphant et B.C. Steininger (dirs.), *European tort law : basic texts*, Vienna : Jan Sramek Verlag, 2011 (European Tort Law), p. 49-63. ISBN : 9783902638502. KJC1640 .A48 2011.

PAILLARD C., « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue publiciste », Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2010, dossier 4.

PAISANT G.

« Essai sur la notion de consommateur en droit positif », JCP, éd. G.1993.I.3655.

« La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », La Semaine Juridique Edition Générale n° 3, 16 Janvier 2012, 62.

« La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs », JCP G 2007, I, 152.

« Proposition de directive relative aux droits des consommateurs . - Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 25 Février 2009, I 118.

PALAZZ P.A., « Comparative Advertising in Argentine Law. », *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 22, n° 659, Spring 2012.

PARLÉANI L., « 1° PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE. – Contrefaçon. Auteur. Action devant la juridiction civile. Conditions. Mauvaise foi des personnes ayant participé à la contrefaçon. Nécessité (non). 2° VENTE. – Vente commerciale. a) Importateur de produits

étrangers. Obligations. Existence de produits protégés sur le marché français. Vérification nécessaire. b) Revendeurs. Obligations. », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 18, 2 Mai 1991, 151.

PARTLETT D.F., « From victorian opera to rock and rap : inducement to breach of contract in the music industry. », *Tulane Law Review*, vol. 66, n° 771, mars 1992.

PASSA J.

« Les rapports entre droit des marques et droit de la publicité comparative : un risque d'affaiblissement de la protection de la marque », *Propriété industrielle*, étude 20, 2008.

« Loi applicable à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la libre concurrence », *Propriété intellectuelle*, n° 27, 2008, p. 258.

« L'imbroglia créé par le nouvel article L. 121-1 du Code de la consommation », *Propriété intellectuelle*, 2008/27, p. 255.

PELLET S., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *Revue des contrats*, *Lextenso*, n° 2, 15 juin 2015, p. 416.

PELLETIER C., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *Revue des contrats*, *Lextenso*, n° 2, 15 juin 2015, p. 403.

PEREIRA B., « Responsabilité pénale », *Rép. pén.* Dalloz, juin 2002.

PÉRIER M.

« Fasc. 202-20 : RÉGIME DE LA RÉPARATION. - Modalités de la réparation. - Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. - Évaluation du préjudice corporel : dommages à la personne en cas de décès », *JurisClasseur Civil Code*, 2 juin 2014.

« Fasc. 202-1-1 : RÉGIME DE LA RÉPARATION. - Évaluation du préjudice corporel : Atteintes à l'intégrité physique. Principes généraux de la réparation », *JurisClasseur Civil Code*, 62 s., 13 août 2015.

PERRY S.R.

« The distributive turn : mischief, misfortune and tort law », *Quinnipiac Law Review*, vol. 16, 1996, p. 315-338.

« The moral foundations of tort law », *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, p. 449-514.

« The Impossibility of General Strict Liability », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 1, 1988, p. 147-171.

PESANDO M.K., « Advertising », in *American Jurisprudence*, Second Edition, [s.l.] : West Group, 2014.

PICHAUD M.-A., « Fasc. 4540 : DROIT DE LA CONCURRENCE ET INFORMATIQUE », *JurisClasseur Communication*, 2 mai 2015.

PICOD F., « L'obligation de communication préalable à l'épreuve de la directive communautaire sur la publicité comparative », *Dalloz*, chron. 914, 2001.

PICOD Y., AUGUET Y. et DORANDEU N., « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial*, *Dalloz*, Octobre 2014.

PICOD Y., AUGUET Y., GOMY M., VALETTE-ERCOLE V. et ROBINNE S., « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme ; septembre 2006 - novembre 2007 », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 247.

PICOD Y. et Centre de droit de la concurrence de l'Université de Perpignan., « Droit du marché et droit commun des obligations ; Rapport introductif. », *RTD com.*, 1998, 1 sqq.

PICOD Y.

« Concurrence déloyale et intervention fautive sur le marché, Droits de propriété intellectuelle. », *Liber amicorum Georges Bonet*, 2010, coll. IRPI, Litec, p. 421 s.

« L'influence de la bonne foi sur le droit de la consommation », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 5, Septembre 2011, dossier 28.

« L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988, I, 3318.

« Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2008, étude 12.

« Droit pénal et droit de la consommation », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice*, Paris : Éditions Cujas, 2012 (Actes & Études), p. 257-265. ISBN : 9782254134038. KJV7979 . D775 2012.

« Concurrence déloyale et responsabilité civile. », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution*, 2014, p. 152.

« Nullité », in *Répertoire de droit civil*, Paris : *Dalloz*, Juin 2014.

« Concurrence déloyale et Code de commerce », in Y. Picod (dir.), *Congrès régional des Tribunaux de Commerce de la deuxième délégation ; Bicentenaire du Code du Commerce : Le code de commerce : son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale*, Perpignan : Presses universitaires de Perpignan, 2009, p. 23 sqq. ISBN : 9782354120559 KJV2198 .C66 2007.

« Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux : mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, France : *Dalloz*, 2006, 2006. ISBN : 2-247-06996-7.

« Rapport français, la concurrence déloyale », in *La concurrence*, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 151 ss. ISBN : 978-2-908199-76-9.

PIEDELIEVRE S., « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ?, La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle », *RCA*, chron. 68, juin 2001.

PIERRE P.

« L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats - Rapport français », RDC, 2010, p. 1117.

« Les présomptions relatives à la causalité », RLDC, n° 40, 2007, p. 39.

PIGASSOU P. et AMBROISE-CASTÉROT C., « Fraudes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, janvier 2012.

PIRONON V., « L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement "Rome II" : bonne mauvaise idée ? », Europe n° 2, Février 2008, étude 2.

PIZZIO J.-P.

« Droit du marché et droit commun des obligations ; la protection des consommateurs par le droit commun des obligations. », RTD com., 1998, 53 sqq.

« La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com., 1998, p. 53.

« Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle, in Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy », Dalloz, 2003.877 et s., RTD com. 2004.631, préc.

PLANIOL M., « Etudes sur la responsabilité civile. », Rev. crit., n° 283, 1905.

POILLOT E. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Droit de la consommation ; janvier 2008 - décembre 2008 », Recueil Dalloz, 2009, p. 393.

POILLOT-PERUZZETTO E., « Aide d'Etat et théorie de la concurrence déloyale », RTD Com. Dalloz, 2000, p. 261.

POLLAUD-DULIAN F., « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », RTD com., 1997, p. 348.

PONTE L.M.

« Mad men posing as ordinary consumers : The essential role of self-regulation and industry ethics on decreasing deceptive online consumer ratings and reviews », The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law, vol. 12, n° 462, 2013.

« Boosting consumer confidence in E-Business : Recommendations for establishing fair and effective dispute resolution programs for B2C online transaction », Albany Law Journal of Science & Technology, vol. 12, n° 441, 2002.

PORTERON C., « Infraction », Rép. pen. Dalloz, février 2002.

POSNER R.A.

« Antitrust policy and the consumer movement », The Antitrust Bulletin, vol. 15, 1969, p. 362.

« Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : Common law economic torts : An economic and legal analysis. », Arizona Law Review, vol. 48, n° 735, Winter 2006.

« The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law », *Journal of Legal Studies*, vol. 10, n° 187, 1981.

PRIETO C., « Actions de groupe et pratiques anticoncurrentielles : perspectives d'évolution... au Royaume-Uni », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 232.

RAJOT B.

« Protection du consommateur : la Commission demande à la Belgique de se conformer aux règles en matière de pratiques commerciales déloyales », *Responsabilité civile et assurances* n° 4, Avril 2011, alerte 11.

« Protéger les consommateurs contre la publicité intrusive en ligne », *Responsabilité civile et assurances* n° 1, Janvier 2011, alerte 3.

RASCHEL L., « La délicate distinction de la perte de chance et du risque de dommage », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 15, 12 Avril 2010, 413.

RAYMOND G.

« Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, conc. consom.*, étude 6., 2009.

« Caractéristiques principales... toujours les ordinateurs... », *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, Janvier 2012, comm. 31.

« Classement vertical », *Contrats Concurrence Consommation* n° 3, Mars 2007, repère 3.

« Directive n° 2005/29 et pratiques commerciales déloyales », *Contrats Concurrence Consommation* n° 8, Août 2011, comm. 205.

« Encore les ordinateurs ! », *Contrats Concurrence Consommation* n° 8, Août 2011, comm. 203.

« Incidences possibles de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation », *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, Janvier 2006, étude 1.

« Jeux et concours : la CJUE persiste et signe », *Contrats Concurrence Consommation* n° 3, Mars 2010, comm. 84.

« L'origine géographique d'un chiot est-elle une qualité substantielle ? », *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2012, comm. 164.

« La loterie commerciale : un quasi-contrat ? », *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2010, comm. 172.

« La vente d'un ordinateur avec logiciel intégré sans information spécifique est-elle constitutive de pratique commerciale trompeuse ? », *Contrats Concurrence Consommation* n° 3, Mars 2010, comm. 85.

« Le livre vert sur le droit communautaire de la consommation », *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, Avril 2007, étude 5.

« Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 12, 20 Mars 2008, 1383.

« Les produits annoncés dans une publicité doivent être disponibles à la vente », Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2009, comm. 235.

« Limites de l'obligation d'information à fournir au consommateur », Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2008, comm. 215.

« LME : modification du Code de la consommation », Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2008, comm. 214.

« Message publicitaire et objectivité de la comparaison », Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2008, comm. 263.

« Modifications au Code de la consommation : Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 », Contrats Concurrence Consommation n° 7, Juillet 2011, comm. 175.

« Offre conjointe : une pratique commerciale déloyale ? », Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2009, comm. 183.

« Promotion des ventes et droit de l'Union européenne », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2011, comm. 21.

« Transposition de la directive 2005/29/CE », Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2008, comm. 53.

« Vendre un ordinateur et son système d'exploitation est-il contraire à l'interdiction de la vente par lot ? », Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2010, comm. 86.

RAZAVI M. et FALKMAN A.-L., « Ventes subordonnées, ventes avec primes et loteries sont-elles désormais licites par principe ? », Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2010, alerte 22.

REGLERO CAMPOS L.F., « El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad : culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. », in J.M. BUSTO LAGO et L.F. REGLERO CAMPOS (dirs.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a éd., Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi-Thomson Reuters, 2013.

REID E., « Malice in the jungle of tort. », *Tulane Law Review*, vol. 87, n° 901, mars 2013.

REMY-CORLAY P., « La directive 2005/29 CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale », *RTD Civ. Dalloz*, 2005, p. 746.

« De la réparation », in François Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), p. 191 ss. ISBN : 9782247106851. KJV3008 .P68 2011.

« Les Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, rédigés par le Groupe Acquis Communautaire, sont sortis ! (Research Group on the Existing EC Private Law, Sellier, 2007) », *RTD Civ. Dalloz*, 2007, p. 740.

RETAILMENOT. INC. et CENTRE FOR RETAIL RESEARCH, « Infographie : Chiffres Ecommerce 2014 et perspectives d'avenir », RetailMeNot France, [s.d.]. URL : <http://www.retailmenot.fr/2015/01/infographie-e-commerce-chiffres-cles-2014-et-perspectives-2015/>.

RÉTIF S., « Fasc. 101 : DROIT À RÉPARATION. - Conditions de la responsabilité délictuelle. - Le dommage. - Caractères du dommage réparable », JurisClasseur Civil Code, 3 juin 2015.

RETTERER S.

« Ventes réglementées », Répertoire de droit commercial, Dalloz, avril 2015.

« Centrales et groupements d'achat et de référencement », Répertoire de droit commercial, Dalloz, Février 2008.

REVEY T., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », Revue des contrats, Lex-tenso, n° 2, 15 juin 2015, p. 393.

RIBEYRE C., « Fasc. unique : JEUX ET PARIS », JurisClasseur Encyclopédie des Huissiers de Justice, 170 s., 11 janvier 2012.

RICH J., « Built to last : Section 5 and the Changing Marketplace. », in Section 5 Symposium, présenté à FTC, Washington, D.C., [s.n.], 26 février 2015.

RICHER L., « Le droit à la paresse : "Essential facilities", version française », Recueil Dalloz, n° 523, 1999.

RIPERT G., « Le prix de la douleur », D., 1948, 1^{er} cahier, Chronique I.

ROBERT J.-H.

« La légitime promotion des drogues stores », Droit pénal n° 7, Juillet 2008, comm. 101.

« Limpide contretemps », Droit pénal n° 2, Février 2011, comm. 24.

« Rien, en jurisprudence, n'est jamais acquis », Droit pénal n° 3, Mars 2010, comm. 41.

ROBERTSON D.W., « The Common Sense of Cause in Fact », Texas Law Review, vol. 75, n° 1765, 1997.

ROCA C., « Fasc. 115 : Droit à réparation, Droit à réparation, divers dommages réparables : dommages à un groupement. », JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, 18 novembre 2014.

ROCHFELD J., « Protection du consommateur - Pratiques commerciales déloyales ou trompeuses Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. JO 5 août 2008, p. 12471 », RTD Civ. Dalloz, 2008, p. 732.

ROGERS W.V.H.

« England, Damages under English Law », in Ulrich Magnus (dir.), Unification of tort law : damages, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5), p. 53 ss. ISBN : 9041114815. KJC1610 .U55 2001.

« England, Wrongfulness under English Tort Law », in H. Koziol (dir.), *Unification of tort law : wrongfulness*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1998 (Principles of European tort law, vol. 3), p. 39 ss. ISBN : 9041110194. KJC1640 .U55 1998.

ROIN H. et MONSOUR C., « Symposium : Dan B. Dobbs conference on economic tort law : Economic torts : A view from experience. », *Arizona Law Review*, vol. 48, n° 973, Winter 2006.

ROQUILLY C. et ALIOUAT B., « Gestion des risques juridiques des projets d'innovation », *LPA*, n° 36, 22 mars 1996, p. 11.

ROMANI A.M., « Enrichissement sans cause », in *Répertoire de droit civil*, [s.l.] : Dalloz, mars 2013.

ROUBIER P., « Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD civ.*, 1952, p. 161.

ROUSSEAU F., « La fonction réparatrice de la responsabilité pénale », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice*, Paris : Éditions Cujas, 2012 (Actes & Études), p. 125-138. ISBN : 9782254134038. KJV7979 . D775 2012.

ROUSSET G., « Publicité, médicaments et monopole : le débat est lancé », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1964.

RUDA A., « Spain », in K. Oliphant et B.C. Steininger (dirs.), *European tort law : basic texts*, Vienna : Jan Sramek Verlag, 2011 (European Tort Law), p. 91-105. ISBN : 9783902638502. KJC1640 .A48 2011.

RUELLAN C., « La perte de chance en droit privé », *RRJ*, 1999, p. 729.

RUSTAD M.L., « Symposium : Does the world still need United States tort law ? Or did it ever ? : Torts as public wrongs. », *Pepperdine Law Review*, vol. 38, n° 433, 2011.

S. VACARELU S. et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, « Rapport américain, la concurrence déloyale », in *La concurrence*, Paris : Société de législation comparée, 2006 (Tome LVI, journées marocaines.), p. 41 ss. ISBN : 978-2-908199-76-9.

SABLEMAN M., « What's the future of free speech protections for advertisements ? », *JD Supra*, 8 novembre 2013. URL : <http://www.jdsupra.com/legalnews/whats-the-future-of-free-speech-protect-12179/>. Consulté le 13 février 2014.

SAINT-ESTEBEN R., « L'impact de la future directive sur les actions en dommages et intérêts relatives aux pratiques anticoncurrentielles. », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution*, 2015, p. 258.

SALES P. et STILITZ D., « Intentional Infliction of Harm by Unlawful Means. », *Law Quarterly Review*, vol. 115, 411 s., 1999.

SANDRIK K., « Comment, Overlooked Tool : Promissory Fraud in the Class Action Context. », *Florida State University Law Review*, vol. 35, n° 193, 2007.

SAVATIER R., « L'inflation des lois et l'indigestion du corps social », *Dalloz*, 1977, p. chron. p. 43.

SAVAUX E. et SCHÜTZ R.-N., « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », in *Mélanges J.L. Aubert*, Paris : Dalloz, 2005, p. 271.

SCHECHTER F.I., « The Rational Basis of Trademark Protection. », *Harvard Law Review*, vol. 40, n° 813, 1927.

SCHMIDT-SZALEWSKI J.

« La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale », *RTD com.*, 1994, p. 455.

« Duel de dames en droit polonais », *Propriété industrielle* n° 1, Janvier 2009, comm. 7.

SCHWARTZ G.T., « United States Damages under US Law », in Ulrich Magnus (dir.), *Unification of tort law : damages*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (*Principles of European tort law*, vol. 5), p. 175 ss. ISBN : 9041114815. KJC1610 .U55 2001.

SEBOK A.J. et WILCOX V., « Aggravated damages », in H. Koziol et V. Wilcox (dirs.), *Punitive damages : common law and civil law perspectives*, New York : Springer, 2009 (*Tort and insurance law*, vol. 25, 1616-8623), p. 257-274. ISBN : 9783211922101. K923 .P86 2009.

SÉNÉCHAL J., « La fourniture de données personnelles par le client via Internet, un objet contractuel ? », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution*, 2015, p. 212.

SENFLEBEN M. R.F., « Keyword advertising in Europe. How the internet challenges recent expansions of EU trademark protection. », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 27, n° 39, Fall 2011.

SERINET Y.M., « Le contrat et l'action de groupe : étude d'un cas », *Revue des contrats, Lextenso*, n° 2, 15 juin 2015, p. 411.

SERRA Y., « Concurrence déloyale », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2004.

SHAMPO J.J., « Torts », in *American Jurisprudence, Second Edition*, [s.l.] : West Group, 2014.

SMOLLA R.A., « Dun and Bradstreet, Hepps, and Liberty Lobby : A new analytic primer on the future course of defamation. », *Georgetown Law Journal*, vol. 75, n° 1519, juin 1987.

SONNENBERGER H.J., « Le lien de causalité dans le système juridique allemand », RLDC, n° 40, 2007, p. 89 et s.

SPIER J., « The Netherlands, Wrongfulness in the Dutch Context », in H. Koziol (dir.), *Unification of tort law : wrongfulness*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1998 (Principles of European tort law, vol. 3), p. 87 ss. ISBN : 9041110194. KJC1640 .U55 1998.

SPRAGUE R. et WELLS M.E., « Regulating Online Buzz Marketing : Untangling a Web of deceit », *American Business Law Journal*, vol. 47, n° 415, Fall 2010.

SRI, PwC et UDECAM, 13^e édition de l'Observatoire de l'e-pub, 29 janvier 2015. URL : <http://www.sri-france.org/2015/01/29/13-observatoire-epub-sri2014/>.

STASIAK F., « Droit pénal et droit de la concurrence : regards croisés », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés : actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice*, Paris : Éditions Cujas, 2012 (Actes & Études), p. 267-278. ISBN : 9782254134038. KJV7979 . D775 2012.

STENGER J.-P., « Fasc. 4680 : SANCTIONS DE LA CONTREFAÇON. - Rétablissement du monopole. - Dommages et intérêts. - Frais de justice. - Sanctions pénales », *JurisClasseur Brevets*, 151 s., 25 février 2015.

STOFFEL-MUNCK P.

« La vente d'un ordinateur pré-équipé de logiciels caractérise une pratique déloyale . - (CA Versailles, 3e ch., 5 mai 2011, n° 09/09169, UFC Que Choisir c/ SAS Hewlett-Packard France) », *Communication Commerce électronique* n° 11, Novembre 2011, étude 21.

« La vente d'un ordinateur avec logiciel prééquipé de logiciels caractérise une pratique déloyale », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 39, 29 Septembre 2011, 1686.

« L'infraction de vente liée à la dérive...Observations sur les malfaçons du droit de la consommation », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 27, 29 Juin 2009, 84.

« Responsabilité civile », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 37, 12 Septembre 2007, I 185.

« Responsabilité civile », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 11, 12 Mars 2008, I 125.

« Responsabilité civile », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 38, 17 Septembre 2008, I 186.

« Responsabilité civile », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 10, 4 Mars 2009, I 123.

« Triple Play et vente liée », *Communication Commerce électronique* n° 7, Juillet 2009, comm. 68.

« Vente d'ordinateur avec logiciels pré-installés : la loyauté de la pratique doit être vérifiée », *Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2011, comm. 5.

« Vente liée et logiciels pré-installés : la pré-installation est une pratique légitime et le prix des licences de logiciels n'a pas à apparaître distinctement », *Communication Commerce électronique* n° 1, Janvier 2010, comm. 5.

« Vente liée et logiciels préinstallés : la préinstallation est une pratique légitime mais le prix des licences de logiciels doit-il apparaître distinctement ? », *Communication Commerce électronique* n° 10, Octobre 2008, comm. 115.

STOFFEL-MUNCK P. et BLOCH C., « Responsabilité civile », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 41, 11 Octobre 2010, 1015.

STONE M.

« On the idea of Private Law », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence.*, vol. 9, 1996, p. 235-277.

« EU Private international law (Harmonization of laws) », *Elgar european law*, 2006, p. 330 et s.

STRABALA S., « Professional responsibility », *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, vol. 21, n° 707, Spring 1999.

STUCKE M.E., « Is Intent Relevant ? », *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, n° 801, Fall 2012.

SUSTEIN C.R., KAHNEMAN D. et SCHKADE D., « Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law) », *Yale Law Journal*, vol. 107, p. 2071.

TAN A., « Google Adwords : Trademark infringer or trade liberalizer ? », *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 16, n° 473, Spring 2010.

TEBBENS H., « Les conflits de lois en matière de concurrence déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *Rev. crit. DIP*, 1994, p. 451.

TERRÉ F., « Le préjudice moral », in François Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris : Dalloz, 2011 (Thèmes et commentaires. Actes), p. pp. 223 ss. ISBN : 9782247106851. KJV3008 .P68 2011.

THIBIERGE C., « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD civ.* 561, 1999.

THIZON E., « Fasc. 20 : VENTES ET PRESTATIONS DE SERVICES ILLÉGALES », *JurisClasseur Pénal des Affaires*, 18 mai 2011.

THOMPSON R.B., « The measure of recovery under rule 10b-5 : A restitution alternative to tort damages. », *Vanderbilt Law Review*, vol. 37, n° 349, mars 1984.

THOMSON J., « Redrawing the landscape of the economic wrongs. », *Edinburgh Law Review*, 2008.

THOUMYRE L., « Impact de l'arrêt Google Adwords de la CJUE sur la responsabilité des services 2.0, *juriscom.net* ; La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'internet, *Lamy droit des médias et de la communication* », 464-19, novembre 2009.

TOUCHENT D., « La protection du consommateur contre les pratiques commerciales déloyales », *LPA*, n° 153, août 2006, p. 11.

TOURNAFOND O., « Fasc. 238 : PUBLICITÉ MENSONGÈRE EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE. - Publicité immobilière au regard de la loi de 1973. - Avertissement », *JurisClasseur Construction - Urbanisme*, 1 mars 2008.

TRÉBULLE F.-G.

« Entreprise et développement durable », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 41, 14 Octobre 2010, 1890.

« Entreprise et développement durable », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 31, 2 Août 2007, 1989.

« Entreprise et développement durable (2e partie) . - juin 2009 / juillet 2010 », *Environnement* n° 1, Janvier 2011, chron. 1.

TROIANIELLO A., « La CJUE s'oppose au filtrage généralisé de l'internet », *RLDI* 2012/78.

TYNAN M., « "Tour de farce !" Misblurb marketing in film and publishing. », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 29, n° 793, 2012.

UMHOFER C.A.F., GIANGIACOMO O. et HALLÉ M., « EU law on cookies | Actualités | DLA Piper Global Law Firm », *DLA Piper*, 10 septembre 2014. URL : <http://www.dlapiper.com/fr/france/insights/publications/2014/09/eu-law-on-cookies/> Consulté le 30 septembre 2014.

VASSILI C. et PICOD F., « Consommateurs », *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz, janvier 2012.

VICENTE DOMINGO E., « El daño », in L.F. REGLERO CAMPOS et J.M. BUSTO LAGO (dirs.), *Lecciones de responsabilidad civil*, 2a éd., Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi-Thomson Reuters, 2013, p. 81 ?105.

VIGNON-BARRAULT A. « Les dommages et intérêt punitifs en Europe, Travaux issus des séminaires "Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile" organisés par le GRERCA », <http://grerca.univ-rennes1.fr>, 2 octobre 2010.

« Quelle typologie des postes de préjudices ? La notion de poste de préjudice », *Responsabilité civile et assurances* n° 3, Mars 2010, dossier 5.

VISINTINE J. et THOMPSON COBURN LLP, « California says you can track online, but you can't hide your tracking », *JD Supra*, décembre 2013. URL : <http://www.jdsupra.com/>

legalnews/california-says-you-can-track-online-bu-53199/. Consulté le 25 août 2014.

VINEY G.

« Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2944.

« France, Le "Wrongfulness" en droit français. », in H. Koziol (dir.), *Unification of tort law : wrongfulness*, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 1998 (Principles of European tort law, vol. 3), p. 57 ss. ISBN : 9041110194. KJC1640 .U55 1998.

« Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP*, 1988, II, p. 3355.

VIVANT M., MALLET-POUJOL N. et BRUGUIÈRE J.-M., « Droit de l'Internet », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 5, 2 Février 2006, 1195.

VIVANT M., « La responsabilité des intermédiaires de l'internet. I. 180. », *JCP*, 1999.

VIVIEN G., « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992.305.

VOINOT D., « L'interdiction de revente à perte est-elle conforme à la directive sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ? », *AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution*, 2014, p. 171.

WALDRON J., « Book review : Critizing the economic analysis of law. », *Yale Law Journal*, vol. 99, n° 1441, avril 1990.

WALLING E., GILES P. et EVERSLEDGS LLP, « Good faith in English law ; what does it mean ? », 1^{er} septembre 2014. URL : <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=27fd3201-123e-46fa-a228-d02976feb4be>.

WEINRIB E.J.

« Restitutionary damages as corrective justice », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, 2000, p. 1-37.

« The gains and losses of corrective justice », *Duke Law Journal*, vol. 44, 1994, p. 277-297.

« Corrective Justice », *Iowa Law Review*, vol. 77, 1992, p. 403-425.

« Understanding Tort Law », *Valparaiso University Law Review*, vol. 23, 1989, p. 485-526.

WEIR T., « Chaos or cosmos ? Rookes, Stratford and the Economic Torts. », *Cambridge Law Journal*, vol. 22, n° 225, 1964.

WELLS ORRICK S., « Trademark Law : Deciphering Rosetta Stone : Why the least cost avoider principle unlocks the code to contributory trademark infringement in keyword advertising. », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 28, n° 805, 2013.

WESTER-OUISS V., « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2011, étude 5.

WILCOX V., « Punitive damages in England », in H. Koziol et V. Wilcox (dirs.), Punitive damages : common law and civil law perspectives, New York : Springer, 2009 (Tort and insurance law, vol. 25, 1616-8623). ISBN : 9783211922101. K923 .P86 2009.

WILHELM P. et FERCHICHE L., « Le sort des ventes subordonnées et des ventes avec primes en droit français de la consommation, après l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009 », Contrats, conc. consom. 2009, étude 8.

WILHELM P. et PRIoux D., « Retour sur le contentieux de la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés », Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2012, étude 4.

WISSINK M.H. et BOOM W.H. VAN, « The Netherlands, Damages under Dutch Law », in Ulrich Magnus (dir.), Unification of tort law : damages, The Hague ; London ; Boston : Kluwer Law International, 2001 (Principles of European tort law, vol. 5), p. 143 ss. ISBN : 9041114815. KJC1610 .U55 2001.

WITZ C., « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises ; juillet 2006 - décembre 2007 », Recueil Dalloz, n° 2620, 2008.

WREN J., « Applying the economic loss rule in Texas. », Baylor Law Review, vol. 64, n° 204, Winter 2012.

WRIGHT R.W., « Causation in Tort Law », California Law Review, vol. 73, 1985, p. 1737-1828.

YAHYA M.A., « Can I sue without being injured ? : Why the benefit of the bargain theory for product liability is bad law and bad economics. », The Georgetown Journal of Law and Public Policy, vol. 3, n° 83, Winter 2005.

ZIMMERMANN R., « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », RTD Civ. Dalloz, 2007, p. 451.

« The Class Action Chronicle », Skadden's Mass Torts, Insurance and Consumer Litigation Group, Spring 2014.

« Clauses abusives : annulation du contrat et TAEG trompeur », Recueil Dalloz, 2012, p. 805.

« Réparation, dans son intégralité, d'un préjudice économique », Recueil Dalloz, 2005, p. 1050.

« Conditions pour qu'une législation nationale puisse prévoir la nullité d'un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel contenant une clause abusive », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 12, 22 Mars 2012, act. 198.

« Consommateurs : de nouvelles dispositions européennes pour lutter contre la publicité trompeuse et les pratiques de vente agressives », Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2008, alerte 4.

« CONTRATS », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 15 Avril 2010, 1355.

« CONTRATS », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, 23 Septembre 2010, 1820.

« CONTRATS », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 18, 6 Mai 2010, 1447.

« CONTRATS », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 47, 25 Novembre 2010, 2016.

« CONTRATS », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 3, 21 Janvier 2010, 1044.

« Fasc. 925 : PROTECTION DE LA PERSONNALITÉ DU CONSOMMATEUR. - Droit à l'intégrité morale », JurisClasseur Concurrence - Consommation, p. 1^{er} juin 2003.

« Le droit communautaire s'oppose à une réglementation nationale qui interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 18, 30 Avril 2009, act. 222.

« Loteries publicitaires et protection du consommateur », Contrats Concurrence Consommation n° 4, Avril 2010, alerte 30.

« Manifeste des auteurs et des artistes au parlement européen, 18 oct. 2006 », Alliance culture d'abord : www.sacem.fr.

« Obligations d'information du vendeur professionnel d'un ordinateur prééquipé de logiciels d'exploitation et d'application », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 41, 13 Octobre 2011, act. 524.

« Offre conjointe portant sur un ordinateur portable équipé de logiciels préinstallés », La Semaine Juridique Edition Générale n° 47, 22 Novembre 2010, 1150.

« Protection des consommateurs en matière de vente de billets d'avions », Revue de droit des transports n° 6, Juin 2008, alerte 78.

« Statut de la multipropriété. Réforme », Droit des sociétés n° 8, Août 2009, alerte 36.

« Tableau des récentes intégrations en droit français », Europe n° 8, Août 2008, alerte 46.

« Vendre en un seul lot l'ordinateur et des logiciels constitue-t-il une vente liée ? », Contrats Concurrence Consommation n° 11, Novembre 2009, comm. 280.

ZOLYNSKI C., « Concurrence déloyale et Internet », AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution, 2014, p. 162.

Jurisprudences et notes.

Décisions américaines (Classées par noms).

Affaires fédérales.

- Adams v. Bethlehem Steel Corp.*, 736 F.2d 992, 39 Fed. R. Serv. 2d 323 (4th Cir. 1984) ;
- Amazon Inc. v. Cannondale Inc.* (2000, DC Colo) 56 USPQ2d 1568, remanded (2001, CA10 Colo) 273 F3d 1271, 61 USPQ2d 1047, motions ruled upon, summary judgment gr, in part, summary judgment den, in part (2006, DC Colo) 2006 US Dist LEXIS 13406 ;
- American Consumers, Inc. v. Kroger Co.* (1976, ED Tenn) 416 F Supp 1210, 195 USPQ 460 ;
- American Washboard Co. v. Saginaw Mfg. Co.*, 103 Fed. 281 (6th Cir. 1900) ;
- Ames Pub. Co. v. Walker-Davis Publications, Inc.* (1974, ED Pa) 372 F Supp 1, 182 USPQ 46 ;
- AMF Inc. v. Sleekcraft Boats*, 599 F.2d 341, 348-49 (9th Cir. 1979) ;
- Ark. Trophy Hunters Ass'n v. Tex. Trophy Hunters Ass'n*, 506 F. Supp. 2d 277 (W.D. Ark. 2007) ;
- August Storck K.G. v. Nabisco, Inc.*, 59 F.3d 616, 618 (7th Cir. 1995) ; 16 C.F.R. § 14.15 (2012) ;
- Aulistar Mark, et al. v. Gawker Media LLC, et al.*, 13-cv-4347 (AJN) (USDC SDNY 10 avril 2015) ;
- Bacchus, Indus., Inc. v. Arvin Indus., Inc.*, 939 F.2d 887, 892 (10th Cir. 1991) ;
- Bains LLC v. Arco Products Co., Div. of Atlantic Richfield Co.*, 405 F.3d 764 (9th Cir. 2005) ;
- Belli v. Orlando Daily Newspapers, Inc.*, 389 F.2d 579, 582 (5th Cir. 1967) ;
- Bigelow v. Virginia*, 421 US 809 [1975] ;
- BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 US 559 [1996] ;
- Bober v. Glaxo Wellcome PLC*, 246 F.3d 934 (7th Cir. 2001) (applying Illinois law) ;
- Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 109 S. Ct. 971, 103 L. Ed. 2d 118 (1989) ;
- Brady v. Fort Bend County*, 145 F.3d 691, 49 Fed. R. Evid. Serv. 1014 (5th Cir. 1998) ;
- Brewer v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 87 F.3d 203 (7th Cir. 1996) ;
- Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc* [1989] 492 US 257 ;
- Burger King of Florida, Inc. v. Brewer* (1965, WD Tenn) 244 F Supp 293, 146 USPQ 461 ;
- C&E Services, Inc. v. Ashland, Inc.*, 498 F. Supp. 2d 242, 256 D.D.C. 2007 ;
- Calvin Klein Cosmetics Corp. v. Parfums de Coeur, Ltd.*, 824 F.2d 665, 668 (8th Cir. 1987) ;
- Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 570 (1994) ;
- Campfield v. State Farm Mut. Auto Ins. Co.*, 532 F.3d 1111 (10th Cir. 2008) ;
- Cargo Safe, Inc. v. Bruest Industries, Inc.* (1976, DC Kan) 200 USPQ 445, 1976-2 CCH Trade Cases P 61227 ;
- Carlson v. Coca-Cola Co.*, 483 F.2d 279 (9th Cir. 1973) ;

- Cashmere & Camel Hair Mfrs. Inst. v. Saks Fifth Ave.* (2002, CA1 Mass) 284 F3d 302, 2002-1 CCH Trade Cases P 73628, cert den (2002) 537 US 1001, 123 S Ct 485, 154 L Ed 2d 396 ;
- Castrol, Inc. v. Pennzoil Co.*, 987 F.2d 939, 941 (3d Cir. 1993) ;
- Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 US 557 [1980] ;
- City of Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 U.S. 247, 101 S. Ct. 2748, 69 L. Ed. 2d 616, 31 Fed. R. Serv. 2d 1387 (1981) ;
- Clark v. Cain, et al.*, Hamilton County Circuit Court Docket No. : 12C1147 (9 mars 2015) ;
- Clorox Co. PR v. Proctor & Gamble Commercial Co.*, 228 F 3d 24, 36 (1st Cir. 2000) ;
- Coffey v. Fayette Tubular Products*, 929 S.W.2d 326 (Tenn. 1996) ;
- Colligan v. Activities Club of New York, Ltd.* 442 F 2d 686 (2nd Cir. 1971) ;
- Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234 (1964) ;
- Cooper Industries Ins. v. Leatherman Tool Group Inc.*, 532 US 424, 437 n. 11 [2001] ;
- Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.* (2003) 539 US 23, 123 S Ct 2041, 156 L Ed 2d 18, 2003 CDOS 4554, 2003 Daily Journal DAR 5799, 66 USPQ2d 1641, 16 FLW Fed S 330, 194 ALR Fed 731, dismd (2003, CD Cal) 68 USPQ2d 1536, subsequent app (2005, CA9 Cal) 429 F3d 869, 76 USPQ2d 1797 ;
- Davis v. HSBC Bank Nevada, N.A.*, 691 F.3d 1152 (9th Cir. 2012) (applying California law) ;
- Deere & Co. v. MTD Products, Inc.*, 41 F.3d 39 (2d Cir. 1994) ;
- DP-Tek, Inc., v. AT&T Global Info. Solutions Co.*, 100 F.3d 828, 832 (10th Cir. 1996) ;
- Eli Lilly & Co. v. Natural Answers, Inc.* (2000, CA7 Ind) 233 F3d 456, 56 USPQ2d 1942 ;
- Elliot Megdal & Assoc. v. Hawaii Planing Mill*, 814 F. Supp. 904 (D.Haw. 1993) ;
- Erie Railroad Company v. Harry J. Tompkins*, 304 U.S. 64 ; 58 S. Ct. 817 ; 82 L. Ed. 1188 ; 1938 U.S. LEXIS 984 ; 11 Ohio Op. 246 ; 114 A.L.R. 1487 ;
- Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471, 128 S. Ct. 2605, 171 L. Ed. 2d 570 (2008) ;
- Fed. Trade Comm'n v. Wyndham Worldwide Corp*, N° 14-3514 (3d Cir. 2015) ;
- Fifty-Six Hope Road Music v. A.V.E.L.A., Inc.*, affaires N°s . 12-17502, 12-17519, 12-17595, 13-15407 et 13-15473 (9th Cir., 20 février 2015) ;
- Foster v. Colorado Radio Corp.*, 381 F.2d 222 (10th Cir. 1967) ;
- Franklin Mint, Inc. v. Franklin Mint, Ltd.* (1971, ED Pa) 331 F Supp 827, 169 USPQ 403 ;
- Freeman v. Time, Inc.*, 68 F.3d 285 (9th Cir. 1995) (applying California law) ;
- Freudeman v. Landing of Canton*, 702 F.3d 318 (6th Cir. 2012) (applying Ohio law) ;
- Friend v. H. A. Friend & Co.* (1969, CA9 Cal) 416 F2d 526, 163 USPQ 159, cert. den. (1970) 397 US 914, 25 L Ed 2d 94, 90 S Ct 916, 164 USPQ 481 ;
- FTC v. Wyndham Worldwide Corp.*, 10 F. Supp. 3d 602 - Dist. Court, D. New Jersey 2014 ;
- Geisel v. Poynter Products, Inc.* (1968, SD NY) 283 F Supp 261, 158 USPQ 450 ;

- Gold Seal Co. v Weeks* (1955, DC Dist Col) 129 F Supp 928, 105 USPQ 407, affd (1956, App DC) 97 US App DC 282, 230 F2d 832, 108 USPQ 400, cert den (1956) 352 US 829, 1 L Ed 2d 50, 77 S Ct 41, 111 USPQ 467 ;
- Greater New Orleans Broadcasting As'n, Inc. v. US*, 527 US 173 [1999] ;
- Haelan Lab. Inc. v. Topps Chewing Gum Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953) ;
- Iowa State Univ. Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Cos.*, 475 F.Supp. 78 (S.D.N.Y 1979) ;
- Johnson & Johnson Vision Care, Inc. v. 1-800 Contacts, Inc.* (2002, CA11 Fla) 299 F3d 1242, 2002-2 CCH Trade Cases P 73809, 15 FLW Fed C 854 ;
- Junior Money Bags, Ltd. v. Segal*, 970 F.2d 10 (5th Cir. 1992) ;
- Junker v. Fobes*, 45 Fed. 840 (1891) ;
- King Pharr Canning Operations v. Pharr Canning Co.*, 85 F. Supp. 153 (W.D.Ark. 1949) ;
- Levitt v. Yelp! Inc.*, No. 11-17676 (9th Cir. 2014) ;
- Lucent Info. Mgmt., Inc. v. Lucent Techs., Inc.*, 5F. Supp.2d 238, 243 (D.Del 1998) ;
- Marcus v. AT&T Corp.*, 138 F.3d 46 (2d Cir. 1998) (applying New York law) ;
- Matrix Motor Co. v. Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha* (2003, CD Cal) 290 F Supp 2d 1083 ;
- McKinnon v. Kwong Wah Restaurant*, 83 F.3d 498, 34 Fed. R. Serv. 3d 445 (1st Cir. 1996) ;
- McNeilab, Inc. v. American Home Prods. Corp.*, 848 F.2d 34, 28 (2d Cir. 1988) ;
- Merck Eprova AG v. Gnosis S.p.A.*, 2014 WL 3715078 (2d Cir. July 29, 2014)(Merck Eprova) ;
- Michael Davis, et al. v. Electronic Arts, Inc.*, case n° 12-15737 (9th Cir., 6 janvier 2015) ;
- Micro Data Base Systems, Inc. v. Dharma Systems, Inc.*, 148 F.3d 649, 35 U.C.C. Rep. Serv. 2d 747 (7th Cir. 1998) ;
- Mil-Spec Monkey, Inc. v. Activision Blizzard, Inc.*, No. 14-cv-2361 (N.D. Cal. Nov. 24, 2014) ;
- Morganroth & Morganroth v. DeLorean*, 123 F.3d 374, 48 Fed. R. Evid. Serv. 121, 38 Fed. R. Serv. 3d 348, 1997 FED App. 0241P (6th Cir. 1997) ;
- Neal v. Honeywell, Inc.*, 191 F.3d 827 (7th Cir. 1999) ;
- Nelson v. G. C. Murphy Co.*, 245 F. Supp. 846 (N.D. Ala. 1965) (interpretant Fed. R. Civ. P. 9(g)) ;
- N.Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 292 (1964) ;
- O'Rear v. Am. Family Life Ass. Co.*, 784 F. Supp. 1561, 1566 (M.D. Fla. 1992) ;
- Original Appalachian Artworks, Inc. v. Granada Electronics, Inc.* (1987, CA2 NY) 816 F2d 68, 2 USPQ2d 1343, 1987-1 CCH Trade Cases P 67523, cert den (1987) 484 US 847, 108 S Ct 143, 98 L Ed 2d 99 ;
- P&G Co. v. Haugen* (2000, CA10 Utah) 222 F3d 1262, 56 USPQ2d 1098, 2000-2 CCH Trade Cases P 73028, 2000 Colo J C A R 4973 ;
- Panavision Int'l, L.P. v. Toeppen*, 141 F.3d 1316, 1327 (9th Cir. 1998) ;
- Peterson v. Wildcat Mountain Management Corp.*, 3 U.C.C. REP. SERV. (Callaghan) 1127 (1982) ;
- Pittsburgh Press Co. v. Human Rel. Comm'n*, 413 US 376 [1973] ;

- Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Intern., Inc.*, 227 F.3d 489, 498-99 (5th Cir. 2000) ;
- Pom Wonderful LLC v. FTC*, 13-1060, F.3d, (D.C. Cir. Jan. 30, 2015) ;
- Pom Wonderful v. Hubbard*, N° 14-55253 (C.D.Cal. 9th Cir. Dec. 30, 2014) ;
- Powell v. Ward*, 643 F.2d 924 (2d Cir. 1981) ;
- PPX Enterprises, Inc. v. Audiofidelity Enterprises, Inc.*, 818 F.2d 266, 273 (2d Cir. 1987) ;
- Q Int'l Courier, Inc., v. Seagraves*, C.A. 95-1554 (RMU), 1999 U.S. Dist. LEXIS *1, 22 (D.D.C. 26 février 1999) ;
- Restrepo v. McElroy* [2004] 369 F.3d 627, 635 ;
- Riley v. Harr*, 292 F.3d 282 (1st Cir. 2002) ;
- Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Chandris Am. Lines, Inc.*, 321 F. Supp. 707, 712-13 (S.D.N.Y. 1971) ;
- Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 944 (1989) ;
- Sands, Taylor & Wood v. Quaker Oats Co.* 34 F.3d 1340 (7th Cir, 1994) ;
- Sanitary Linen Serv. Co. v. Alexander Proudfoot Co.*, 304 F. Supp. 339 (S.D. Fla. 1969), aff'd, 435 F.2d 292 (5th Cir. 1970) ;
- Saxlehner v. Wagner*, 216 US 375 (1910) ;
- S.C. Johnson & Son, Inc. v. Clorox Co.*, 241 F.3d 232, 238 (2d Cir. 2001) ;
- Scholtes v. Signal Delivery Serv., Inc.*, 548 F. Supp. 487, 496 (W.D. Ark. 1982) ;
- Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 US 225, 231-32 (1964) ;
- Sims v. Mack Truck Corp.*, 488 F. Supp. 592, 605-06 (E.D. Pa. 1980) ;
- Smith v. Chanel, Inc.*, 402 F.2d 562, 566 (9th Cir. 1968) ;
- Smith v. Mellon Bank*, 957 F.2d 856 (11th Cir. 1992) (applying Florida law) ;
- Société Comptoir de L'Industrie Cotonnière Établissements Boussac v. Alexander's Dep't Stores, Inc.* (1962, CA2 NY) 299 F2d 33, 132 USPQ 475, 1 ALR3d 752 ;
- Société des produits Nestle, SA v. Casa Helvetica, Inc.*, [1992] 982 F 2d 633, 644 ;
- Sony Computer Entm't Am., Inc. v. Bleem*, 214 F.3d 1022, 1027 (9th Cir. 2000) ;
- Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984) ;
- Southland Sod Farms v. Stover Seed Co.*, 108 F.3d 1134, 1145 (9th Cir. 1997) ;
- Stamatiou v. U.S. Gypsum Co.*, 400 F.Supp. 431, 435-437 (N.D.Ill. 1975) ;
- Stone v. Creative Communications, Inc.* (1981, ND Ill) 216 USPQ 261 ;
- Suarez Matos v. Ashford Presbyterian Community Hosp., Inc.*, 4 F.3d 47, 37 Fed. R. Evid. Serv. 874 (1st Cir. 1993) ;
- Super Sulky, Inc. v. United States Trotting Ass'n*, 174 F.3d 733, 742 (6th Cir. 1999) ;
- Taylor v. Meirick*, 712 F.2d 1112 (7th Cir. 1983) ;
- Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93, 112 (2d Cir. 2010) ;
- TMJ Implant, Inc. v. Aetna, Inc., et al.*, 405 F. Supp. 2d 1242 (D. Colo. 2005) aff'd 498 F.3d 1175 (10th Cir. 2007) ;
- Transgo, Inc. v. Ajac Transmission Parts Corp.* (1981, CD Cal) 211 USPQ 217, aff'd (1985, CA9 Cal) 751 F2d 1040, 225 USPQ 458, withdrawn by publisher, amd, reh den, en banc (1985,

CA9 Cal) 768 F2d 1001, 227 USPQ 598, 82 ALR Fed 97, cert den (1986) 474 US 1059, 88 L Ed 2d 778, 106 S Ct 802 ;

Truck Equipment Service Co. v Fruehauf Corp. (1976, CA8 Neb) 536 F2d 1210, 191 USPQ 79, cert den (1976) 429 US 861, 50 L Ed 2d 139, 97 S Ct 164, 191 USPQ 588 ;

U-Haul Int'l, Inc. v. Jartran, Inc., 681 F.2d 1159, 1162 (9th Cir. 1982) ;

United Indus. v. Clorox Co., 140 F 3d 1175, 1182 (8th Cir. 1998) ;

United States v. ChoicePoint, Inc., N° 106-CV-0198 (N-D. GA 26 janvier 2006) ;

Universal Athletic Sales Co. v. Am. Gym, Recreational & Athletic Equip. Corp., Inc., 397 F. Supp. 1063, 1073 (W.D. Pa. 1975) ;

Vermont Microsystems Inc. v. Autodesk Inc. 88 F 3d 142 (1996 2nd Cir. CA) ;

Viavi Co. v. Vivimedia Co., 245 F. 289, 292 (8th Cir. 1917) ;

Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Concumer Council, Inc., 425 US 748 [1976] ;

Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia, [1989] 1 SCR 1085, 1098-1099 ;

Waits v. Frito-Lay, Inc., [1992] 978 F 2d 1093, 1110-11 ;

Washington Times Co. v. Bonner, 86 F.2d 836, 110 A.L.R. 393 (App. D.C. 1936) ;

Westchester Media v. PRL USA Holdings, Inc. (2000, CA5 Tex) 214 F3d 658, 55 USPQ2d 1225 ;

William R. Warner & Co. v. Eli Lilly & Co., 265 US 526, 532 (1924) ;

Zyla v. Wadsworth (2004, CA1 Mass) 360 F3d 243, 69 USPQ2d 1915.

Affaires étatiques.

Agri Affiliates, Inc. v. Bones, 265 Neb. 798, 805, 660, N.W.2d 168, 175 (2003) ;

Airey v. Remmele, 38 Misc. 3d 420, 953 N.Y.S.2d 822 (Sup 2012) ;

Ajala v. Bohlin, 178 Cal. App. 2d 292, 301 (Cal. Ct. App. 1960) ;

Alexander v. Meduna, 2002 WY 83, 47 P.3d 206 (Wyo. 2002) ;

Allison v. Union Hosp., Inc., 883 N.E.2d 113, 123 (Ind. Ct. App. 2008) ;

Alpha Gulf Coast, Inc. v. Jackson, 801 So. 2d 709 (Miss. 2001) ;

Anchorage Chrysler Center, Inc. v. Daimler Chrysler Motors Corp., 221 P.3d 977 (Alaska 2009) ;

Armstrong v. A.I. Dupont Hosp. for Children, 60 A.3d 414 (Del. Super. Ct. 2012) ;

Baker v. Farrand, 2011 ME 91, 26 A.3d 806 (Me. 2011) ;

Balzer v. Caler (1938) 11 Cal 2d 663, 82 P2d 19, 1938 Cal LEXIS 338 ;

Barmettler v. Reno Air Inc., 114 Nev. 441, 449, 956 P.2d 1382 (1998) ;

Bartholomew County Beverage Co., Inc. v. Barco Beverage Corp., Inc., 524 N.E.2d 353, 358 (Ind. Ct. App. 1988) ;

Barquis v. Merchants Collection Assn. of Oakland, 7 Cal. 3d 94, 109-112 (Cal. 1972) ;

Barrie v. V.P. Exterminators, Inc., 625 So. 2d 1007 (La. 1993) ;

Bayer CropScience LP v. Schafer, 2011 Ark. 518, 385 S.W.3d 822 (2011) ;

Beer v. Bennett, 160 N.H. 166, 993 A.2d 765, 71 U.C.C. Rep. Serv. 2d 507 (2010) ;

- Benedict College v. National Credit Systems, Inc.*, 400 S.C. 538, 735 S.E.2d 518, 287 Ed. Law Rep. 1044 (Ct. App. 2012);
- Bilt-Rite Contractors, Inc. v. The Architectural Studio* 866 A.2d 287 (Pa. 1995);
- Biondi v. Nassimos*, 692 A 2d (NJ Super 1997);
- Birmingham News Co. v. Horn*, 901 So. 2d 27, 59 (Ala. 2004);
- Blair v. Clear Creek Oil & Gas Co.*, 148 Ark. 301, 230 S.W. 286, 19 A.L.R. 430 (1921);
- Bloxom v. Bloxom*, 512 So.2d 839 La. [1987];
- Borgen v. A&M Motors, Inc.*, 273 P.3d 575 (Alaska 2012);
- Bowman v. City of Davenport*, 243 Iowa 1135, 53 N.W.2d 249, 63 A.L.R.2d 853 (1952);
- Bradley Real Estate v. Dolan Assocs. Ltd.*, 640 N.E.2d 9, 13 (Ill. App. Ct. 1994);
- Branson v. Branson*, 1942 OK 77, 190 Okla. 347, 123 P.2d 643 (1942);
- Brennan v. Kunzle*, 37 Kan. App. 2d 365, 378, 379, 154 P.3d 1094, 1105 (2007).
- Brookridge Party Center, Inc. v. Fisher Foods, Inc.*, 12 Ohio App. 3d 130, 468 N.E.2d 63 (8th Dist. Cuyahoga County 1983);
- Broughton Lumber Co. v. BNSF Ry. Co.*, 174 Wash. 2d 619, 278 P.3d 173 (2012);
- Brown v. Johnston*, 2004 WY 17, 85 P.3d 422 (Wyo. 2004).
- Brown v. Romero*, 2006 WL 234115 (La. App. 3d Cir. 2/1/2006);
- Brownfield, Bowen, Bally and Sturtz v. Board of Ed.*, 56 Ohio App. 2d 10, 10 Ohio Op. 3d 20, 381 N.E.2d 207 (4th Dist. Jackson County 1977);
- Bryson v. News Am. Pub., Inc.*, 174 Ill. 2d 77, 672 N.E.2d 1207, 1215 (1996);
- Buckaloo v. Johnson*, 14 Cal. 3d 815, 827 (Cal. 1975);
- Bumgart v. Bailey*, 247 Miss. 604, 156 So. 2d 823 (1963);
- Burns v. Neiman Marcus Group, Inc.*, 173 Cal. App. 4th 479, 93 Cal. Rptr. 3d 130, 69 U.C.C. Rep. Serv. 2d 49 (1st Dist. 2009), as modified, (May 20, 2009) and review denied, (July 29, 2009);
- Busch v. United Aluminum Metal Prods. Corp.*, 8 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 335 (N.Y. Sup. Ct. 1970);
- Carey Station Vill. Home Owners Ass'n v. Carey Station Vill., Inc.*, 268 Ga. App. 461, 602 S.E.2d 233 (2004);
- Carroll v. Rye Tp.*, 13 N.D. 458, 101 N.W. 894 (1904);
- Cattley v. St. John's Ambulance Brigade* [1988] 87 NJ 1140;
- Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co.* (1999) 20 Cal 4th 163, 83 Cal Rptr 2d 548, 973 P2d 527, 1999 Cal LEXIS 1656;
- Chapman v. Rideout*, 568 A.2d 829, 830 (Me. 1990);
- Cheatham v. Pohle*, 789 N.E.2d 467 (Ind. 2003);
- Childress v. Abeles*, 240 N.C. 667, 675, 84 S.E.2d 176, 182 (1954);
- City Ambulance, Inc. v. Haynes Ambulance, Inc.*, 431 So. 2d 537, 539 (Ala. 1983);
- City of Chicago v. Michigan Beach Housing Co-op.*, 297 Ill. App. 3d 317, 231 Ill. Dec. 508, 696 N.E.2d 804 (1st Dist. 1998);
- Coffindaffer v. Hope Natural Gas Co.*, 74 W. Va. 107, 81 S.E. 966 (1914);

- Computer Unlimited, Inc. v. Macy*, 657 N.E.2d 168, 169 (Ind. Ct. App. 1995) ;
- Cook v. Yager*, 13 Ohio App. 2d 1, 42 Ohio Op. 2d 33, 233 N.E.2d 326 (3d Dist. Seneca County 1968) ;
- Costello v. Hardy*, 844 So. 2d 212 (La. App. 5th Cir. 2003) ;
- Craney v. Donovan*, 92 Conn. 236, 102 A. 640 (1917) ;
- Crittenden v. Cook County Com'n on Human Rights*, 2012 IL App (1st) 112437, 362 Ill. Dec. 308, 973 N.E.2d 408 (App. Ct. 1st Dist. 2012), appeal allowed, 367 Ill. Dec. 268, 981 N.E.2d 996 (Ill. 2012) and judgment aff'd, 2013 IL 114876, 990 N.E.2d 1161 (Ill. 2013) ;
- Cross v. Berg Lumber Co.*, 7 P.3d 922 (Wyo. 2000) ;
- Crozier v. Charleston & W. C. Ry. Co.*, 222 S.C. 121, 71 S.E.2d 800 (1952) ;
- Daye v. General Motors Corp.*, 720 So. 2d 659 ;
- DeAngelis v. Timberpeg East, Inc.*, 51 A.D.3d 1175, 858 N.Y.S.2d 410 (3d Dep't 2008) ;
- Della Penna v. Toyota Motor Sales, USA, Inc.*, 11 Cal. 4th 376 (Cal. 1995) ;
- Department of Legal Affairs v. Rogers*, 329 So.2d 257 (Fla. 1976) ;
- Detroit Dailey Post v. McArthur* 16 Mich. 447 [1868] 452-453 ;
- Donaca v. Dish Network, LLC.*, n° 11-cv-02910-rBJ-Klm, 2014 WL 623396 (D. colo., 18 février 2014) ;
- Dunnell v. Shelley* (1940, Cal App) 38 Cal App 2d 118, 100 P.2d 830, 1940 Cal App LEXIS 616 ;
- Durbin v. Ross*, 276 Mont. 463, 472, 916 P.2d 758, 764 (1996) ;
- Duval County Ranch Co. v. Wooldridge*, 674 S.W.2d 332 (Tex. App. Austin 1984) ;
- Dykstra v. Page Holding Co.*, 766 N.W.2d 491, 499-500 (S.D. 2009) ;
- East Coast Development Corp. v. Alderman-250 Corp.*, 30 N.C. App. 598, 228 S.E.2d 72 (1976) ;
- Eldeco, Inc. v. Charleston County School Dist.*, 372 S.C. 470, 482, 642 S.E.2d 726, 732 (2007) ;
- Employers Mut. Liability Ins. Co. v. De Bruin*, 271 Wis. 412, 73 N.W.2d 479 (1955) ;
- Engineered Cooling Services, Inc. v. Star Service, Inc. of Mobile*, 108 So. 3d 1022 (Ala. Civ. App. 2012) ;
- Essock v. Town of Cold Spring*, 10 Wis. 2d 98, 102 N.W.2d 110 (1960) ;
- Estrada v. Port City Properties, Inc.*, 2011 OK 30, 258 P.3d 495 (Okla. 2011) ;
- Ferreira v. Honolulu Star-Bulletin, Limited*, 44 Haw. 567, 356 P.2d 651 (1960) ;
- Field v. Costa*, 2008 VT 75, 25, 27 ;
- Fifield Manor v. Finston*, 54 Cal. 2d 632, 636 (Cal. 1960) ;
- First Independent Baptist Church v. Southerland*, 373 So. 2d 647 (Ala. 1979) ;
- First Nat'l Bank v. Collins*, 616 P.2d 154 (Colo. App. 1980) ;
- Flake v. Greensboro News Co.*, 212 N.C. 780, 195 S.E. 55 (1938) ;
- Food & Grocery Bureau, Inc. v. United States* (1943, 9th Cir Cal) 139 F.2d 973, 1943 US App LEXIS 2405 ;
- Fowler v. New York Gold Exch. Bank*, 67 N.Y. 138 (1876) ;

- Fred Siegel Co., L.P.A. v. Arter & Hadden*, 85 Ohio St. 3d 179, 707 N.E.2d 860 (1999);
- Gagne v. Bertran*, 43 Cal. 2d 481, 487-488 (1954);
- Gaines v. Murphy*, 239 S.W.2d 453 (Ky. 1951);
- Galego v. Knudson*, 573 P.2d 313, 318 (Or. 1978);
- Garnes v. Fleming Landfill, Inc.*, 186 W.Va. 656, 413 S.E.2d 897 [1991];
- Garrett v. Read*, 278 Kan. 662, 674, 102 P.3d 436, 445 (2004);
- Gattuso v. Harte-Hanks Shoppers, Inc.*, 42 Cal. 4th 554, 67 Cal. Rptr. 3d 468, 169 P.3d 889 (2007);
- General Steel Domestic Sales, LLC v. Hogan & Hartson, LLP*, 230 P.3d 1275 (Colo. App. 2010);
- Ghirardo v. Antonioli*, 14 Cal.4th 39, 51, 57 Cal.Rptr.2d 687, 924 P.2d 996, 1003 (1996);
- Gibb v. Citicorp Mortgage, Inc.*, 246 Neb. 355, 370, 518 N.W.2d 910, 921 (1994);
- Gilbreath v. Phillips Petroleum Co.*, 526 F. Supp. 657 (W.D. Okla. 1980) (Oklahoma law);
- Gill v. Montgomery Ward & Co.*, 284 A.D. 36, 129 N.Y.S.2d 288, 49 A.L.R.2d 1452 (3d Dep't 1954);
- Gilmartin v. Stevens Inv. Co.*, 43 Wash. 2d 289, 261 P.2d 73 (1953), opinion adhered to on reh'g, 43 Wash. 2d 289, 266 P.2d 800 (1954);
- Gosnell v. Indiana Soft Water Serv., Inc.*, 503 N.E.2d 879 (Ind.1987);
- Gray v. Times publishing Co.*, 74 Minn. 452, 77 N.W. 204 [1898];
- Gray v. Wala TV*, 384 So. 2d 1062 (Ala. 1979);
- Gregory's Inc. v. Haan*, 545 N.W.2d 488, 493 (S.D. 1996);
- Grimshaw v. Ford Motor Company*, [1981] 174 Cal. Rptr. 348 (Cal. Ct. App.);
- Guggenheimer v. Ginzburg*, 43 N.Y.2d 268, 401 N.Y.S.2d 182, 372 N.E.2d 17 (1977);
- H-M Wexford LLC v. Encorp, Inc.*, 832 A.2d 129, 144 (Dela. Ch. 2003);
- Haberman v. Wash. Pub. Power Supply Sys.*, 109 Wn.2d 107, 161-161, 744 P.2d 1032, 1067 (1987);
- Haddad v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 455 Mass. 91, 914 N.E.2d 59 (2009);
- Hairston v. Atlantic Greyhound Corporation*, 220 N.C. 642, 18 S.E.2d 166 (1942);
- Hall v. Episcopal Long Term Care*, 2012 PA Super 205, 54 A.3d 381 (2012), appeal denied (Pa. June 12, 2013);
- Hammons Mobile Homes, Inc. v. Laser Mobile Home Transport, Inc.*, 501 N.E.2d 458, 462 (Ind. Ct. App. 1986);
- Hanna v. Martin*, 49 So. 2d 585 (Fla. 1950);
- Harris v. Wagshal*, 343 A.2d D.C. 283, 288 n.13 [1975];
- Harsha v. State Sav. Bank*, 346 N.W.2d 791, 799 (Iowa 1984);
- Hartsler v. Goshen Churn & Ladder Co.*, 55 Ind. App. 455, 104 N.E. 34, 37 [1914];
- Heaton & Eadie Prof'l Serv. Corp. v. Corneal Consultants of Ind., PC*, 841 N.E.2d 1181 1189 (Ind. Ct. App. 2006);
- Hendon Props., LLC v. Cinema Dev., LLC*, 275 Ga. App. 434, 620 S.E.2d 644 (2005);
- Hess v. Chase Manhattan Bank USA, N.A.*, 220 S.W.3d 765 (Mo. banc. 2007);

- Hill v. Jones*, 725 P.2d 1115 (Ariz. Ct. App. 1986);
- Hinish v. Meier & Frank Co., Inc.*, 166 Or. 482, 113 P.2d 438 (1941);
- Hittson v. Chicago, R. I. & P. Ry. Co.*, 43 N.M. 122, 86 P.2d 1037 (1939);
- Hodges v. S.C. Toof & Co.*, 833 S.W.2d 896 (Tenn. 1992);
- Holloway v. Wachovia Bank & Trust Co., N.A.*, 339 N.C. 338, 452 S.E.2d 233 (1994);
- Hoppenstein Properties, Inc. v. McLennan County Appraisal Dist.*, 341 S.W.3d 16 (Tex. App. Waco 2010), review denied, (Apr. 29, 2011);
- Howard v. Usiak*, 172 Vt. 227, 230-231, 775 A.2d 909, 912-913 (2001);
- Howard v. Wolff Broadcasting, Corp.*, 611 So. 2d 307 (Ala. 1992);
- Hunt v. Riley*, 322 Ark. 134, 141, 817 S.W.2d 877, 881 (1991);
- Illinois Cent. R. Co. v. Young*, 2012 WL 6125859 (Miss. Ct. App. 2012);
- Inland Am. Winston Hotels, Inc. v. Crockett*, 212 N.C. App. 349, 354 (2011);
- Insurance Co. v. Randall*, 74 Ala. 170, 178 (1883);
- Intel Corp. v. Hamidi*, 114 Cal. Rptr. 2d 244 (Cal. Ct. App. 2001), rev'd, 71 P.3d 296 (Cal. 2003);
- J'aire Corp. v. Gregory*, 24 Cal. 3d 799 (Cal. 1979);
- Jackson v. St. Louis-San Francisco Ry. Co.*, 357 Mo. 998, 211 S.W.2d 931 (1948);
- JCD Marketing Co. v. Bass Hotels & Resorts, Inc.*, 812 So. 2d 834 (La. App. 4th Cir. 2002);
- Jim-Bob, Inc. v. Mehling*, 443 N.W.2d 451, 459-60 (Mich. Ct. App. 1989);
- Johnson v. First Nat'l Bank of Shreveport*, 792 So. 2d 33 (La. App. 3d Cir. 2001);
- Johnson Gas Appliance Co. v. Reliable Gas Prods. Co.*, 10 N.W.2d 23, 27 (Iowa 1943);
- Jordan v. Jordan*, 220 Va. 160, 257 S.E.2d 761 [1979];
- J.W. ex rel. B.R.W. v. 287 Intermediate Dist.*, 761 N.W.2d 896, 241 Ed. Law Rep. 896 (Minn. Ct. App. 2009);
- K&K Recycling, Inc. v. Alaska Gold Co.*, 80 P.3d 716 (Alaska 2003);
- Kelley v. Atwell*, 59 Mich. App. 219, 229 N.W.2d 387 (1975);
- Kenty v. Transamerica Premium Ins. Co.*, 72 Ohio St. 3d 415, 650 N.E.2d 863 (1995);
- Kewin v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co.*, 409 Mich. 401, 295 N.W.2d 50 (1980);
- Kimes v. Trapp*, 52 Ill. App. 2d 442, 202 N.E.2d 42 (3d Dist. 1964);
- King v. Brock*, 282 Ga. 56, 646 S.E.2d 206 (2007);
- King's Daughters & Sons Circle Number Two of Greenville v. Delta Reg'l Med Ctr.*, 856 So. 2d 604;
- Klam v. Koppel*, 63 Idaho 171, 118 P.2d 729 (1941);
- Kleban v. Eghrari-Sabet*, 174 Md. App. 60, 920 A.2d 606 (2007);
- Kluge v. O'Gara*, 227 Cal. App. 2d 207, 38 Cal. Rptr. 607 (1st Dist. 1964);
- KRG New Hill Place, LLC v. Springs Investors, LLC*, 2015 NCBC, 2015 NCBC 19;
- Kuhn v. Coldwell Banker Landmark, Inc.*, 150 Idaho 240, 245 P.3d 992 (2010);
- Kunz v. Allen*, 102 Kan. 883, 172 P. 532 (1918);
- Kwaak v. Pfizer, Inc.*, 71 Mass. App. Ct. 293, 881 N.E.2d 812 (2008);
- Labonte v. Hutchins & Wheeler*, 424 Mass. 813, 678 N.E.2d 853 [1997];

- Lacey v. Laird*, 166 Ohio St. 12, 1 Ohio Op. 2d 158, 139 N.E.2d 25 (1956);
- Larsen Chesley Realty Co. v. Larsen*, 232 Conn. 480, 502 n. 23, 24 (1995);
- Lasky v. Economic Stores* 65 NE 2d 305 (1946);
- Lassitter v. International Union of Operating Engineers*, 349 So. 2d 622 (Fla. 1976);
- Lefkowitz v. Great Minneapolis surplus Store*, [1957] 251 Minn. 188, 86 N.W.2d 689;
- Legris v. Marcotte* (1906) 129 Ill App 67;
- Leisure Resort Technology, Inc. v. Trading Cove Associates*, 277 Conn. 21, 889 A.2d 785 (2006);
- Lightle v. State*, 146 P.3d 983-84 (Alaska 2006);
- LiMandri v. Judkins*, 52 Cal. App. 4th 326, 349 (Cal. App. Ct. 1997);
- Lindstrand v. Transamerica Title Ins. Co.*, 127 Or. App. 693, 697-698, 874 P.2d 82 (1994);
- Lockard v. Carson*, 287 N.W.2d 871, 878 (Iowa 1980);
- LoRocco v. New Jersey Mfrs. Indem. Ins. Co.*, 82 N.J. Super. 323, 197 A.2d 591 (App. Div. 1964);
- Louiseau v. Arp*, 21 S.D. 566, 114 N.W. 701 (1908);
- Lucas v. Michigan Cent. Ry.*, 98 Mich. 1, 56 N.W. 1039 [1893];
- Macauley v. Tierney*, 19 R.I. 255, 33 At. 1, 37 L.R.A. 455 (1895);
- Madonna v. Tamarack Air, Ltd.*, 298 P.3d 875 (Alaska 2013);
- Mahler v. Keenan Real Estate*, 255 Kan. 593, 604, 605, 876 P.2d 609, 616 (1994);
- Marchetti v. Ramirez*, 240 Conn. 49, 688 A.2d 1325 (1997);
- Martin v. Board of Council of City of Danville*, 275 Ky. 142, 120 S.W.2d 761 (1938);
- Martin v. Glass*, 84 So. 3d 131 (Ala. Civ. App. 2011);
- Mason v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 333 Ark. 3, 969 S.W.2d 160 (1998);
- Malzewski v. Rapkin*, 2006 WI App 183, 296 Wis. 2d 98, 723 N.W.2d 156 (Ct. App. 2006);
- Maxwell v. Gallagher*, 709 A.2d 100 (D.C. 1998);
- MBM Financial Corp. v. Woodlands Operating Co., L.P.*, 292 S.W.3d 660 (Tex. 2009);
- McClellan v. Highland Sales & Inv. Co.*, 484 S.W.2d 239 (Mo. 1972);
- McCracken & McCall v. Bolton*, 304 Ky. 438, 200 S.W.2d 923 (1947);
- McCurdy v. J.C. Collis*, 508 So. 2d 380, 382 (Fla. 1st DCA 1987);
- Memorial Gardens, Inc. v. Olympian Sales & Mgmt. Consultants, Inc.*, 690 P.2d 207 (Colo. 1984);
- Middlesex County v. City of Newton*, 13 Mass. App. Ct. 538, 434 N.E.2d 1297 (1982);
- Milau Assoc., Inc. v. North Ave. Dev. Corp.*, 42 N.Y.2d 482, 488, 368 N.E.2d 1247, 1251, 398 N.Y.S.2d 882, 885-86 (1977);
- Milgram v. Jiffy Equipment Co.*, 362 Mo. 1194, 247 S.W.2d 668, 30 A.L.R.2d 925 (1952);
- Miller v. Belk*, 23 N.C. App. 1, 207 S.E.2d 792 (1974);
- Mississippi Power & Light Co. v. Cook*, 832 So. 2d 474 (Miss. 2002);
- Mixon v. Trawick*, 264 Ala. 82, 84 So. 2d 760 (1956);
- Monsanto Co. v. Miller*, 455 N.E.2d 392 (Ind. Ct. App. 1983);

- Moore v. California State Bd. of Accountancy*, 2 Cal. 4th 999, 9 Cal. Rptr. 2d 358, 831 P.2d 798 (1992);
- Moose v. Barrett*, 223 N.C. 524, 27 S.E.2d 532 (1943);
- Musa v. Jefferson County Bank*, 2001 WI 2, 240 Wis. 2d 327, 620 N.W.2d 797 (2001);
- NCAA v. Hornung*, 754 S.W.2d 858, 859 (Ky 1988);
- Newton v. Standard Fire Ins. Co.*, 291 N.C. 105, 102, 229 S.E.2d 297, 301 [1976];
- Nicholson's Mobile Home Sales, Inc. v. Schramm*, 164 Ind. App. 598, 330 N.E.2d 785, 791 (Ind. App. 1975);
- Nitrin, Inc. v. Bethlehem Steel Corp.*, 35 Ill. App. 3d 577, 342 N.E.2d 65 (1976);
- Noller v. GMC Truck & Coach Div., General Motors Corp.*, 244 KAn. 612, 620, 772 P.2d 271, 276 (1989);
- Nunley v. State*, 628 So. 2d 619, 1993 Ala. LEXIS 1161 (1993);
- Oates v. Glover*, 228 Ala. 656, 154 So. 786 (1934);
- Olin Mathieson Chem. Corp. v. Francis*, 134 Colo. 160, 301 P.2d 139 (1956);
- Onita v. Trustees of Bronson*, 315 Ar. 149, 159-161, 843, P.2d 890 (1992);
- Ostrowe v. Lee*, 175 NE (NY 1931);
- Pacific Gas & Elec. Co. v. Bear Stearns & Co.*, 50 Cal. 3d., 1126 (Cal. 1990);
- Paidar v. Hughes*, 615 N.W.2d 276 (Minn. 2000);
- Parker v. Harris Pine Mills*, 206 Or. 187, 291 P.2d 709, 56 A.L.R.2d 382 (1955);
- Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905);
- Pegram v. Hebbing*, 667 So. 2d 696 (Ala. 1995);
- People v. Black's Food Store* (1940) 16 Cal 2d 59, 105 P2d 361, 1940 Cal LEXIS 278;
- People v. Clarke*, 297 N.Y.S. 776, 779 (1st Dep't 1937);
- People v. Kahn* (1936, Cal App Dep't Super Ct) 19 Cal App 2d Supp 758, 60 P2d 596, 1936 Cal App LEXIS 145;
- People v. Pay Less Drug Store* (1944) 25 Cal 2d 108, 153 P2d 9, 1944 Cal LEXIS 301;
- Peoples Sec. Life Ins. v. Hooks*, 322 N.C. 321, 367 S.E.2d 650;
- Perkins v. Pare*, 352 So. 2d 64 (Fla. Dist. Ct. App. 4th Dist. 1977);
- Perkins v. Pendleton*, 90E 166, 178, 38 A. 96, 99 (1897);
- Perrine v. E.I. du Pont de Nemours and Co.*, 225 W. Va. 482, 694 S.E.2d 815 (2010);
- Perry v. Hanson*, 120 Ariz. 266, 269, 584 P.2d 574 577 (Ariz. Ct. App. 1984);
- Phelps v. Commonwealth Land Title Ins. Co.*, 537 N.W.2d 271 (Minn. 1995);
- Picard v. Barry Pontiac-Buick, Inc.*, 654 A.2d 690 (R.I. 1995);
- Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Int'l, Inc.* (2000, CA5 Tex) 227 F3d 489;
- Ponder v. Angel Animal Hospital, Inc.* 762 S.W.2d 846 Mo. App. [1988];
- Port Royal, Inc. v. Conboy*, 154 So. 2d 734 (Fla. Dist. Ct. App. 2d Dist. 1963);
- Porter v. Crawford & Co.*, 611 S.W.2d 265 (Mo. Ct. App. W.D. 1980);
- Presnell Constr. Managers, Inc. v. EH Constr, LLC*, 134 S.W.3d 575, 580 (Ky. 2004);
- Price v. Philip Morris*, 848 N.E.2d 1 (Ill. 2005);
- Purington v. Sound West*, 173 Mont. 106, 566 P.2d 795 (1977);

- Qsp, Inc. v. Aetna Cas & Sur. Co.*, 256 Conn. 343, 360 (2001);
- Quintero v. Rogers*, 221 Ariz. 536, 212 P.3d 874 (Ct. App. Div. 1 2009);
- R.A., Inc. v. Anheuser-Busch, Inc.*, 556 N.W.2d 567, 571 (Minn. Ct. App. 1993);
- Ransopher v. Chapman*, 791 SW 2d (Ark 1990);
- Raskauskas v. Temple Realty Co.*, 589 A.2d 17, 26 (D.C. 1991);
- Reichhold Chems., Inc. v. Goel*, 146 N.C. App. 137, 149, 555 S.E.2d 281, 289 (2001);
- Remeikis v. Boss & Phelps, Inc.*, 419 A.2d 99 (D.C. 1980);
- Reed v. Foulks*, 675 S.W.2d 695 (Mo. Ct. App. S.D. 1984);
- Rite Aid Corp. v. Lake Shore Investors*, 298 MD. 611, 617, 471 A.2d 735, 738 (1984);
- River Sound Dev. v. Connecticut Fund for the Env't*, n° CV044000381S, 2004 Conn. Super. LEXIS 3205 (3 novembre 2004);
- Roberson v. C.P. Allen Const. Co., Inc.*, 50 So. 3d 471 (Ala. Civ. App. 2010);
- Robinson v. Omer*, 952 S.W.2d 423, 426-427 (Tenn. 1997);
- Robinson v. Poudre Valley Fed. Credit Union*, 654 P.2d 861 (Colo. APP. 1982);
- Rogers v. Louisville Land Co.*, 367 S.W.3d 196 (Tenn. 2012);
- Rollins, Inc. v. Butland*, 951 So. 2d 860 (Fla. 2d DCA 2006);
- Romero v. Clarendon America Ins. Co.*, 54 So. 3d 789 (La. Ct. App. 3d Cir. 2010), writ denied, 62 So. 3d 96 (La. 2011);
- Rosenthal v. Sonnenschein Nath & Rosenthal, LLP*, 985 A.2d 443 (D.C. 2009);
- Rosnick v. Marks*, 218 Neb. 499, 357 N.W.2d 186 (1984);
- Rosty v. Skaj*, 2012 WY 28, 272 P.3d 947 (Wyo. 2012);
- Rozell v. Rozell*, 281 N.Y. 106, 22 N.E.2d 254, 123 A.L.R. 1015 (1939);
- Russell v. Taylor*, 37 N.C. App. 520, 246 S.E.2d 569 (1978);
- Rutland v. Mullen*, 2002E 98, 13, 798 A.2d 5;
- Sager v. McClenden*, 296 Or. 33, 672 P.2d 697 (1983);
- Saia Food Distribs. & Club, Inc. v. SecurityLink from Ameritech, Inc.*, 902 So. 2d 46, 57 (Ala. 2004);
- Salaymeh v. InterQual, Inc.*, 155 Ill. App. 3d 1040, 508 N.E.2d 1155, 1159 (5th Dist. 1987);
- Sain v. Ceda Rapids Community Sch. Dist.*, 626 N.W.2d 115, 123 (Iowa 2001);
- Sarratt v. Lincoln Ben. Life Co.*, 212 Neb. 436, 323 N.W.2d 81 (1982);
- Savings Bank of Manchester v. Ralion Fin. Servs.*, 91 Conn. App. 386, 389-390 (2005);
- Schmeck v. City of Shawnee*, 231 Kan. 588, 647 P.2d 1263 (1982);
- School Bd. of City of Norfolk v. Giannoutsos*, 238 Va. 144, 380 S.E.2d 647, 54 Ed. Law Rep. 990 (1989);
- Schreidell, Finnegan, and Brite Electric Div. v. Shoter*, 500, So. 2d 228, 230 (Fla. 3d DCA 1986);
- Scott v. Cingular Wireless*, 160 Wash. 2d 843, 161 P.3d 1000 (2007);
- Seidel v. Greenberg*, 108 N.J. Super. 248, 260 A.2d 863, 40 A.L.R.3d 987 (Law Div. 1969);
- Seiniger Law Office, P.A. v. North Pacific Ins. Co.*, 145 Idaho 241, 178 P.3d 606 (2008);

- Services Holding Co., Inc. V. Transamerican Occidental Life Ins., Co.*, 180 Ariz. 198, 208, 883 P.2d 435, 445 (Ariz. Ct. App. 1994) ;
- Seymour v. Carcia*, 24 Conn. App. 446, 589 A.2d 7 (1991), judgment aff'd, 221 Conn. 473, 604 A.2d 1304, 26 A.L.R.5th 865 (1992) ;
- Shannon v. Boise Cascade Corp.*, 208 Ill. 2d 517, 281 Ill. Dec. 845, 805 N.E.2d 213 (2004) ;
- Shearing v. City of Rochester*, 51 Misc. 2d 436, 273 N.Y.S.2d 464 (Sup 1966) ;
- Shuttleworth v. Riverside Osteopathic Hosp.*, 191 Mich. App. 25, 477 N.W.2d 453 (1991) ;
- SIGA Technologies, Inc. v. Pharmathene, Inc.*, 67 A.3d 330 (Del. 2013) ;
- Sinclair Ref. Co. v. Jones Super Serv. Station*, 188 Ark. 1075, 70 S.W.2d 562 (1934) ;
- Skene v. Carayanis*, 103 Conn. 708, 714, 131 A. 497 (1926) ;
- Slack v. Stream*, 988 So. 2d 516, 235 Ed. Law Rep. 1235 (Ala. 2008) ;
- Slovinski v. Elliot*, 237 Ill. 2d 51, 340 Ill. Dec. 210, 927 N.E.2d 1221 (2010) ;
- Slusher v. Ohio Valley Propane Servs.*, 177 Ohio App. 3d 852, 2008-Ohio-41, 896 N.E.2d 715 (4th Dist. Pike County 2008) ;
- Smith v. Miliken*, 247 Ga. 369, 276 S.E.2d 35 (1981) ;
- Snyder v. Davenport*, 323 N.W.2d 225 (Iowa 1982) ;
- Sohm v. Dixie Eye Center*, 2007 UT App 235, 166 P.3d 614 (Utah Ct. App. 2007) ;
- Sorensen v. State Farm Automobile Ins. Co.*, 2010 WY 101, 234 P.3d 1233 (Wyo. 2010) ;
- South County, Inc. v. First Western Loan Co.*, 315 Ark. (1994) ;
- State ex rel. Corbin v. Tolleson*, 160 Ariz. 385, 773 P.2d 490 (Ct. App. 1989) ;
- State ex rel. Diehl v. Kintz*, 162 S.W.3d 152 (Mo. App. 2005) ;
- State ex rel. Phillips v. Washington State Liquor Control Bd.*, 59 Wash. 2d 565, 369 P.2d 844 (1962) ;
- State ex rel. Horne v. Autozone, Inc.*, 227 Ariz. 471, 258 P.3d 289, 2011 Ariz. App. Lexis 145 (Ct. App. 2011) ;
- State Farm Fire and Cas. Co. v. American Family Mut. Ins. Co.*, 242 Or. App. 60, 253 P.3d 65 (2011) ;
- State v. Grogan*, 628 P.2d 570 (Alaska 1981) ;
- State v. O'Neill Investigations, Inc.*, 609 P.2d 520 (Alaska 1980) ;
- State v. Stewart*, 59 Vt. 273, 9 At. 559 (1887) ;
- State Farm Fire & Gas. Co. v. Compupay, Inc.*, 654 So. 2d 944, 948 (Fla. 3d DCA 1995) ;
- Steinberb v. Chicago Med. Sch.*, 371 N.E.2d 634, 641 (Ill. 1977) ;
- Stillson v. Gibbs*, [1884] 53 Mich. 280 ;
- Stroud v. Arthur Anderson & Co.*, 2001 OK 76, 34, 37 P.3d 783, 794 ;
- Stum v. Stum*, 845 S.W.2d 407, 415 (Tex. App. 1992) ;
- SWC Baseline & Crismon Investors, L.L.C. v. Augusta Ranch Ltd. Partnership*, 228 Ariz. 271, 265 P.3d 1070 (Ct. App. Div. 1 2011), review denied, (Apr. 24, 2012) ;
- Tanner v. Ebbale*, 88 So. 3d 856 (Ala. Civ. App. 2011) ;
- Taylor v. Commercial Bank*, 174 NY 181, 185, 66 N.E. 726, 95 Am.St.R. 564 (1903) ;
- Thacker v. Ward*, 263 N.C. 594, 140 S.E.2d 23 (1965) ;

- Thomas v. Casford*, 1961 OK 158, 363 P.2d 856, 90 A.L.R.2d 1227 (Okla. 1961);
- Thompson v. G. P. Putnam's Sons*, 243 N.Y.S.2d 652 (N.Y. Sup. Ct. 1963);
- Toledo Heart Surgeons, Inc. v. Toledo Hosp.*, 154 Ohio App. 3d 694, 696, 798 N.E.2d 694, 696 (Lucas Cty. 2003);
- Tucker v. Pacific Bell Mobile Services*, 208 Cal. App. 4th 201, 145 Cal. Rptr. 3d 340 (1st Dist. 2012);
- Tucker v. Reynolds*, 268 S.C. 330, 233 S.E.2d 402 (1977);
- Turcotte v. De Witt*, 333 Mass. 389, 131 N.E.2d 195 (1955);
- Turner v. North Beach and Mission R.R. Co.*, 34 Cal. 594, 598 [1868];
- United Wild Rice, Inc. v. Nelson*, 313 N.W.2d 628, 632, 633, (Minn. 1982);
- Upton v. Parkway Motors, Inc.*, 90 Ill. App. 2d 426, 232 N.E.2d 513, 515 (2d Dist. 1967);
- Ustica Enters, Inc v. Costello*, 434 So. 2d 127 (La. App. 5th Cir. 1983);
- Vegetahn v. Gunter* 167 Mass 92, p 107;
- Vesta Constr. and Design, L.L.C. v. Lotspeich & Assocs., Inc.*, 974 So. 2d 1176, 1182-1183 (Fla. 5th DCA 2008);
- Vickery v. Evans*, 266 P.3d 390 (Colo. 2011);
- Victor v. State*, 401 N.J. Super. 596, 952 A.2d 493 (App. Div. 2008), judgment aff'd as modified on other grounds, 203 N.J. 383, 4 A.3d 126 (2010);
- Virdanco, Inc. v. MTS Intern.*, 820 P.2d 352 (Colo. Ct. App. 1991);
- Waddell & Reed, Inc. v. United Investors Life Ins. Co.*, 875 So. 2d 1143, 1153, 1154 (Ala. 2003);
- Wagoner v. Elkin City Schools » Bd. of Educ.*, 113 N.C. App. 579, 587, 440 S.E.2d 119, 124 (1994);
- Walley v. Hunt*, 54 So. 2d 393, 396 (Miss. 1951);
- Warren v. Derivaux*, 996 So. 2d 729 (Miss. 2008);
- Wasko v. Manella*, 87 Conn. App. 390, 865 A.2d 1223 (2005);
- Webb v. Shull*, 270 P.3d 1266, 128 Nev. Adv. Op. No. 8 (Nev. 2012);
- Weinstein v. Prudential Property and Cas. Ins. Co.*, 149 Idaho 299, 233 P.3d 1221 (2010);
- Wennerholm v. Stanford University School of Medicine*, 20 Cal. 2d 713, 128 P.2d 522, 141 A.L.R. 1358 (1942);
- Werner, Zaroff, Slotnick, Stern & Askenazy v. Lewis*, 155 Misc. 2d 558, 588 N.Y.S.2d 960 (N.Y. City Civ. Ct. 1992);
- Western Tech., Inc. v. Sverdrup & Parcel, Inc.*, 154 Ariz. 1, 4, 739 P.2d 1318, 1321 (Ariz. Ct. App. 1987);
- Western Union Telegraph Co. v. Guard*, 283 Ky. 187, 139 S.W.2d 722 (1940);
- Westfield Dev. Co. v. Rifle Inv. Assos.*, 786 P.2d 1112 (Colo. 1990);
- Wholesale Tobacco Dealers Bureau, Inc. v. National Candy & Tobacco Co.* (1938) 11 Cal 2d 634, 82 P2d 3, 1938 Cal LEXIS 337, 118 ALR 486;
- Widgeon v. Eastern Shore Hosp. Center*, 300 Md. 520, 479 A.2d 921 (1984);
- Willey v. Riley*, 541 N.W.2d 527 (Iowa 1995);

Wilspec technologies, Inc. v. DunAn Holding Group, 2009 OK 12, 204 P.3d 69 ;
Wittman v. Gilson, 70 N.Y.2d 970, 972, 525 N.Y.S.2d 795, 796, 520 N.E.2d 414, 515 (1988) ;
Woodland Furniture, LLC v. Larsen, 142 Idaho 140, 124, 147, P.3d 1016 (2005) ;
Yeager v. McManama, 874 N.E.2d 629, 641 (Ind. Ct. App. 2007) ;
Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Record N° 140242 (Va. 16 avril 2015) ;
You v. Roe, 97 N.C. App. 1, 10, 387 S.E.2d 188, 192 (1990) ;
Zamore v. Whitten, 395 A.2d 435 (Maine 1978) ;
Zok v. State, 903 P.2d 574 (Alaska 1995).

Décisions anglaises (classées par noms).

- A v. Bottrill* [2002] UKPC 44 ;
- AB v. South West Water Services Ltd.* [1993] QB 507 ;
- Admiralty Comrs v. SS Susquehanna* [1926] AC 655 ;
- AIC Ltd v ITS Testing Services (UK) Ltd (The Kriti Palm)* [2006] EWCA Civ 1601, [2006] EWCA Civ 1601, [2007] 1 All E.R. (Comm) 667, [2007] 1 Lloyd's Rep. 555, [2007] 2 C.L.C. 223 ;
- Ajinomoto Sweetener Europe SAS v. Asda Stores Ltd* [2010] E.W.C.A. Civ. 609 ;
- Allen v. Flood* [1898] A.C. 1 ;
- Amalgamated Metal Trading v. DTI*, The Times, 21 mars 1989 ;
- Anns v. Merton London Borough*, [1978] AC 728 ;
- Archer v. Brown* [1985] QB 401, 423 ;
- Associated British Ports v. Transp. and Gen. Workers Union*, [1989] 1 W.L.R. 939, 960, 966 ;
- Associated Japanese Bank (International) Ltd. v. Crédit du Nord SA* [1989] 1 WLR 255 ;
- Associated Newspaper Group v. Wade* (1979) ICR 664 ;
- Associated Newspapers plc. v. Insert Media Ltd.* [1988] 1 WLR 509 ;
- Attorney General v. Blake* [2001] 1 AC 268 (HL) ;
- Av. Bottrill* [2002] UKPC, [2003] 1 AC 449 [34] ;
- Balden v. Shorter* [1933] Ch. 427 ;
- Bell v. Lever Brothers Ltd.*, [1932] AC 161 at 217, 218, 224-226 (HL) ;
- Bent's Brewery Co. v. Hogan* (1945) 2 ALL ER 570 ;
- Biba group Ltd. v. Biba Boutique* [1980] RPC 413 ;
- Bluewater Energy Services BV v Mercon Steel Structures BV, Mercon Holding BV, Mercon Groep BV* [2014] EWHC 2132 (TCC) ;
- Blyth v. Birmingham Waterworks Co.* (Court of Exchequer) (1856) 11 Exchequer Reports (Ex) 781, 784 ;
- Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582 ;
- Bollinger v. Costa Brava Wine* [1961], RPC 16, 1 All. ER 561 ;
- Bolton v. Stone*, [1951] 1 all ER 1078, AC 850 (HL) ;
- Borders (UK) Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis* [2005] EWCA Civ. 197 ;
- Boulting v. Association of Cinematograph, Television and Allied Technicians* (1963) 2 QB 606 ;
- Bowen v. Hall* (1881) 6 QBD 333 ;
- Bradford Building Society BS v. Borders* [1941] 2 All ER 205, 774 ;
- Brennan v. Blt Burden* [2004] EWCA Civ. 1017 ; [2005] QB 303 ;
- Bristol and West Building Society v. Mothew* [1998] Ch. 1 ;
- Bristol Conservatories Ltd. v. Conservatories Custom Built Ltd.* [1989] RPC 455 ;
- Bristol Groundschool Ltd v Intelligent Data Capture Ltd and others* [2014] EWHC 2145 (Ch) ;

- Broome v. Cassell* [1972] AC 1027, 1094 ;
Brownlie v. Campbell, 5 AC, 925, 950 (1880) ;
Bulmer v. Bollinger [1977] 2 CMLR 625 ;
Burnett v. Tak [1882] 42 L.T. 743 ;
Cadbury Schweppes v. Pub Squash Co. [1981] RPC 429 PC ;
Caparo Industries plc. v. Dickman, [1990] 2 AC 605 ;
Cassell & co. Ltd. v. Broome, [1971] 2 QB 354 (CA) 381 ;
Cassell v. Broome [1972] AC 1027 ;
Cellactite & British Uralite v. HH Robertson Co. [1957] C.L.Y. 1989 ;
C.B.S. Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics Plc., [1988] AC 1013, [1988] 2 WLR 1191, [1988] UKHL 15, [1988] 2 FTLR 168, [1988] RPC 567, [1988] 2 All ER 484 ;
CHC Software v. Hopkins and Wood [1993] FSR 241 ;
Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v. Cadbury Ltd. [1998] RPC 117 ;
Ciba-Geigy Plc v. Parke Davis & Co. [1994] F.S.R. 8 ;
CIR v. Muller & Co's Margarine Ltd. [1901] AC 217 HL ;
Claudius Ash, Son & Co. Ltd. v. Invicta Manufacturing Co. Ltd. [1912] 29 RPC 465, 475 ;
Clifton v. Hooper, 6 Ad. & E. (N.S.) 468, 14 L.J.Q.B.1 [1837] ;
Cole v. Davis-Gilbert [2007] EWCA Civ. 396 ;
Colgate-Palmolive Ltd. v. Markwell Finance Ltd [1989] RPC 497 ;
Collins Stewart v. Financial Times Ltd. [2005] EWHC 262, QB ;
Colonial Bank v. Whinney, 11 A.C. 426, 439 (1886) ;
Compaq Computer Corp v. Dell Computer Corp Ltd. [1992] F.S.R. 93 ;
Consorzio del Prosciutto di Parma v. Marks and Spencer plc [1991] R.P.C. 351 ;
Constantine v. Imperial Hotels Ltd. [1944] K.B. 693 ;
Conway v. Irish National Teachers' Organisation [1991] 2 IR 305 ;
Cooper v. Phibbs [1867] LR 2 HL 149, HL, at 170 ;
Cork v. Kirby Maclean Ltd. [1952] 2 All. E.R. 402 (CA) ;
Crédit Lyonnais v. ECGD [1998] 1 Lloyds Rep 19 (CA) ;
Criterion Properties plc v. Stratford UK Properties LLC [2004] UKHL 28, [2004] 1 WLR 1846 [27] ;
Crofter Hand Woven Harris Tweed Co Ltd v. Veitch [1942] AC 435 ;
Dadourian v. Simms [2009] E.W.C.A. Civ. 169, [2009] 1 Lloyd's Rep 601 ;
De Beers Abrasive Products Ltd. v. International General Electric Co. of New York Ltd [1975] 1 W.L.R. 972, 2 All. E.R. 599 ;
Dean v. Ealing LBC [1993] ICR 329, 335C ;
Dering v. Uris, [1964] 2 QB 669 ;
Derry v. Peek [1889] 14 AC 337 ;
Director General of Fair Trading v. First National Bank [2000] 1 WLR 98, 109 ;
Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562 ; 1932 SC (HL) 31 ; 1932 SLT 317 ; [1932] WN 139 (HL), 618 ;

- Douglas v. Hello !* (N° 6), [2006] Q.B.175 ;
- Downs v. Chappell* [1997] 1 WLR 426 ;
- Easycare Inc. v. Bryan Lawrence & Co. Aldous J* [1995] F.S.R. 597 ;
- Edgington v. Fitzmaurice* [1885] 29 Ch. D. 459 ;
- Edwin Hill and Partners v. First National Finance Corporation* (1989) 1 WLR 225 ;
- Elvis Presley Trade Marks* [1997] RPC 543 ;
- Emblen v. Myers* [1860] 6 H & N 54, 158 ER 23 ;
- Erven Warnink Besloten Vennootschap v. J. Townend & Sons (Hull), Ltd.*, [1979] AC 731 ;
- Esso Petroleum Ltd. v. Mardon* [1976] QB 801 ;
- Felthouse v. Bindley* [1862] 6 LT 85 ;
- Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands, Ltd. (t/a Topshop) & Anor* [2013] EWCH 2310 (Ch) (31 juillet 2013) ; [2015] EWCA Civ. 3 (22 janvier 2015) ;
- Fielding v. Variety Inc.*, [1967] 2 QB 841 (CA) ;
- Fletcher v. Autocar and Transporters Ltd.* [1968] 2 Q.B. 322 ;
- Garret v. Taylor*, (1620) Cro Jac 567 ;
- GE Commercial Finance Ltd. v. Gee* [2005] E.W.H.C. 2056 (QB) ;
- Glasgow Corp v. Muir* [1943] AC 448 ;
- Godwin v. Uzoigwe*, [1992] T.L.R. 300, C.A ;
- Goldsoll v. Goldman* (1914) 2 Ch 603 ;
- Goose v. Wilson Sandford & Co.* [2001] Lloyd's Rep P.N. 189 ;
- Greeds Ltd. v. Pearman & Carder Ltd.* [1922] 39 R.P.C. 406 ;
- Greencloase Limited v National Westminster Bank plc* [2014] EWHC 1156 (Ch) ;
- Greig v. Insole* (1978) 1 WLR 302 ;
- Griffiths v. Benn* [1911] 27 T.L.R. 346 ;
- Guccio Gucci SpA v. Paolo Gucci* [1991] FSR 89 ;
- Hadden v. Lott* [1854] 15 C.B.411 ;
- Halpern v. Halpern* (N° 2) [2007] EWCA Civ. 291 ; [2007] 3 All ER 478 ;
- Hardie and Lane Ltd. v Chilton* [1928] 2 K.B 306 ;
- Harrods Ltd. v. Harrod* [1924] 41 RPC 74 ;
- Harrods Ltd. v. Harrodian School Ltd.* [1996] RPC 697 ;
- Hartog v. Colin & Shields*, [1939] 3 All ER 566 ;
- Hasley v. Brotherhood* [1881] 19 Ch D 386 ;
- Hamble Fisheries Ltd. v. L Gardner & Sons Ltd* [1999] 2 Lloyd's Rep. 1 ;
- Heidsieck v. Buxton* [1930] 1 Ch 330 ;
- Henderson v. Munroe* [1905] 13 SLT 57 ;
- Henderson v. Radio Corp.* [1969] RPC 218, HCNSW ;
- HFC Bank plc v. Midland Bank plc* [2000] FSR 176 ;
- Hodges v. Webb*, [1920] 2 Ch 70, p.89 ;
- Hoston v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 1 A.C. 750 ;
- Hubbuck v. Wilkinson* [1899] 1 QB 86, CA ;

- Huckle v. Money* [1763] 2 Wils KB 205, 95 ER 768 ;
- Humble v. Mitchell*, 113 Eng. Rep. 392, 394 (1839) ;
- Hunter v Canary Wharf Ltd*, [1997] UKHL 14, [1997] AC 655, [1997] 2 WLR 684, [1997] 2 All ER 426, [1997] 2 FLR 342, [1997] Fam Law 601 ;
- Illustrated Newspapers Ltd. v. Publicity Services Ltd.* [1938] Ch 414 ;
- Indata Equip. Supplies v. A.C.L.*, [1998] F.S.R. 248, 259 ;
- Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433, [1987] EWCA Civ 6, [1988] 1 All ER 348 ;
- Irvine v. Talksport Ltd.* [2002] EWHC 367 (Ch), [2002] 1 All ER 845, 1 WLR 2355 ;
- Isaac v. Chief Constable of the West Midlands Police* [2001] EWCA Civ. 1405 ;
- J B Williams Co. v. H Bronnley & Co.* [1909] 26 RPC 765 ;
- JEB Fasteners Ltd v. Marks Bloom & Co.* [1983] 1 All. ER 583 ;
- Jif Lemon* [1990] 1 WLR 491 ;
- John v. Mirror Group Newspapers Ltd* [1996] 3 WLR 593 ;
- John v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, [1997] QB 586 (CA) 607, 625 ;
- Joyce v. Sengupta* [1993] 1 W.L.R. 337 ;
- JT Stratford & Son Ltd v Lindley*, [1965] A.C. 269 ;
- Junior Books v. Veitchi* [1983] 1 AC 520 ;
- Kaye v. Robertson* [1991] F.S.R. 62, CA ;
- Khodaparast v. Shad* [2000] 1 WLR 618 ;
- Khorasandjian v. Bush* [1993] QB 727 ;
- Kimberley-Clark Ltd v. Fort Sterling Ltd.* [1997] FSR 877 ;
- Kleinwort Benson Ltd. v. Birmingham City Council* [1997] QB 380 ;
- Knight v. Beyond Properties Pty. Ltd.* [2007] EWHC 1251 (Ch), [2007] FSR 34 ;
- Kralj v. McGrath* [1986] 1 All ER 54 ;
- Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* [2002] 2 AC 122 ;
- Kuwait Oil Tanker Co SAK v. Al Bader* (n° 3) [2000] 2 All. E.R. (Comm.) 271 ;
- L'Oreal SA v. Bellure NV*, [2010] EWCA (Civ) 535, [20], [2010] RPC 23 (UK) ;
- Lagridge v. Levy* [1837] 2 M&W 529 ;
- Leaf v. International Galleries* [1950] 2 KB 86 ;
- Lego v. Lego M Lemelstritch* [1983] FSR 155 ;
- Lever v. Goodwin* [1887] 36 ChD 1 ;
- Lim v. Camden & Islington Area Health Authority* [1980] AC 174 ;
- Livingstone v. Rawyards Coal Co.* [1980] 5 App. Cas. 25, 39 ;
- Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* [1991] 2 AC 548 ;
- London Ferro-Concrete Co. Ltd. v. Justicz* 68 R.P.C [1951] 261, CA ;
- Long v. Smithson* (1918) 88 LJ KB 223 ;
- Lonrho v. Shell Petroleum* [1981] Com. L.R. 74 ;
- Lonrho plc. v. Fayed*, [1990] 2 Q.B. 472, p 488 ;
- Lonrho plc. v. Fayed*, [1992] 1 A.C. 448 ;

- Lonrho plc. v. Fayed* (N° 5), [1993] 1 WLR 1489 (CA);
- Lonrho plc. v. Fayed*, [1995] 2 Q.B. 479;
- Lumley v. Gye* (1853) 2 E&B 216, 118 ER 749;
- Lyngstad v. Anabas Prods. Ltd.*, 3 F.S.R. 62 (1977);
- M'Leish v. Fulton & Sons* [1955] S.C. 46;
- Macmillan Magazines Ltd. v. RCN Publishing Co. Ltd.* [1998] F.S.R. 9;
- Marengo v. Daily Sketch* [1948] 65 RPC 242;
- Mason v. Clarke* [1955] A.C. 778;
- Masson Seeley & Co. v. Embossotype Mfg Co.* [1924] 41 RPC 160;
- Matthew Gloag & Son Ltd. v. Welsh Distilleries Ltd.* [1998] FSR 718;
- Mbasogo v. Logo Ltd.* [2005] EWHC 2034 (QB), [2006] EWCA Civ 1370, [2007] Q.B. 846;
- McCarey v. Associated Newspapers Ltd.* (N° 2), [1965] 2 QB 86 (CA);
- McCulloch v Lewis A May* [1947] 65 RPC 58;
- McDonalds v. Burger King* [1986] F.S.R. 45;
- McGhee v. Nat. Coal Bd.* [1972] 3 All. E.R. 1008 (H.L.);
- McManus v. Beckam Laws LJ* [2002] E.W.C.A. Civ 939; [2002] 1 W.L.R. 2982;
- Merest v. Harvey* [1814] 5 Taunt 442, 128 ER 761;
- Meretz Investments NV v. ACP Ltd* (2007) EWCA Civ 1303;
- Merkur Island Shipping v. Laughton* (1983) 2 AC 570;
- Messenger Newspaper Group Ltd. v. National Graphical Association* [1984] IRLR 397;
- Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd* [2000] 4 All. E.R. 645;
- Middlebrook Mushrooms Ltd v. TGWU* (1993) ICR 612;
- Millar v. Bassey* (1994) EMLR 44;
- Mirage v. Counter Feat Clothing* [1991] FSR 145;
- Mogul Steamship Co. v. McGregor*, 23 Q.B.D. 598, 626, 58 L.J.Q.B. 465 (1898);
- Morgan v. Fry* [1968] 2 Q.B 710;
- Moses v. Macferlan* (1776) 2 Burr. 1005, 1012; 97 ER 976, 981;
- Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 AC 398, [1990] 2 All ER 908;
- My Kinda Town v. Soll and Grunts Investments* [1982] F.S.R. 147; [1983] R.P.C. 407;
- National Phonographic Co. v. Edison-Bell* [1908] 1 Ch. 335;
- Neutrogena Corp. v. Golden Ltd.*, [1996] RPC 473;
- Newsgroup Newspapers Ltd. v. SOGAT* (82) [1987] I.C.R.181;
- Notts Patent Brike and Tile Co. v. Butler* [1886] 16 QBD 778;
- OBG v. Allan* [2007] U.K.H.L. 21, [2008] 1 AC 1;
- Overseas Tankship (UK) Ltd v. Morts Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound)* (N° 1) [1961] AC 388; [1961] 2 WLR 126; [1961] 1 All ER 404; [1961] 1 Lloyd's Rep 1 (PC);
- Overseas Tankship (UK) Ltd v. Morts Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound)* (N° 2), [1967] 1 AC 617 (PC);
- Pankhania v. Hackey LBC* [2002] EWHC 2441;

- Paris v. Stepney Borough Council* [1951] AC 367 ;
- Parker Knoll Ltd. v. Knoll International* [1962] RPC 265 ;
- Parma Ham Case* [1991] RPC 351 ;
- Parry v. Cleaver* [1969] 2 WLR 821 ;
- Pater v. Baker* [1847] 3 C.B. 831 ;
- Penarth Dock Engineering Co. Ltd. v. Pounds* [1963] 1 Lloyd's Rep. 359 ;
- Perkins v. Shone* [2004] EWHC 2249 (Ch) ;
- Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists (Southern) Ltd.* [1953] 1 QB 401, CA ;
- Phillips v. Homfray* [1883] 24 Ch. D ;
- Pitt v. Donovan* [1813] 1 M&S 639 ;
- Pratt v. BMA* (1919) 1 KB 244 ;
- Prehn v. Royal Bank of Liverpool* [1870] LR 5 Ex 92 ;
- Quinn v. Leathem* [1901] A.C. 495 ;
- R. v. Barnard* [1837] 7 C&P 784 ;
- Ratcliffe v. Evans* [1892] 2 QB 524, 528 ;
- Re Polemis v. Furness, Withy & Co. Ltd.*, [1921] 3 KB 560 (CA) ;
- Read v. Friendly Society of Operative Stonemasons*, [1902] 2 KB 732 ;
- Reckitt & Colman Prods. Ltd. v. Borden, Inc.*, [1990] 1 WLR 491, RPC 341 (HL) 406 (UK) ;
- Reddaway v. Banham* [1896] 1 C 199, 204 ;
- Renault UK Ltd. v. Fleetpro Technical Services* [2007] E.W.H.C. 2541 (QB), [2008] Bus L.R. D17 ;
- Revlon Inc. v. Cripps & Lee Ltd.* [1980] FSR 85 ;
- Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* [2001] 2 AC 127 (HL) 186, 206, 215 ;
- Richardson v. Silvester* [1873] L.R. 9 Q.B. 34 ;
- Riches v. News Group Newspapers* [1986] QB 256, 288 (CA) ;
- Rickless v. United Artists* [1986] FSR 502, 524 ; [1988] QB 40 (CA) ;
- Riding v. Smith* [1876] 1 Ex D 91 ;
- Rookes v. Barnard*, [1963] 1 Q.B. 623 ; [1964] A.C. 1129, 1 All ER 367, 411 ;
- Rowley v. London and North Western Ry. Co.* [1873] LR 8 Exch. 221 at 231 ;
- Royal Baking Powder Co. v. Wright, Crossley & Co.* [1901] 18 R.P.C 95 ;
- Royal Bank of Scotland Plc. v. Etridge* (n° 2) [2002] 2 AC 773 ; [2001] 3 WLR 1021, HL ;
- Saunders v. Edwards* [1987] 1 WLR 1116 ;
- Schulke & Mayr UK Ltd. v. Alkapharm UK Ltd.* [1999] FSR 161 ;
- Scriven Bros. & Co. v. Hindley & Co.* [1943] 3 KB 563, KBD ;
- Sefton v. Tophams Ltd.* [1965] Ch 1140 ;
- Sempra Metals Ltd. v. IRC* [2007] UKHL 34, [2008] 1 AC 561 [32] ;
- Shapiro v. La Motta* 40 T.L.R. [1923] 201 ;
- Shaw v. Sequence* (UK) Ltd [2004] All. ER (D) 232 (Nov), [2004] EWHC 3249 (QB) ;
- Shelley v. Paddock* [1979] QB 120 ;

- Shogun Finance Ltd. v. Hudson* [2003] UKHL 62 ; [2004] 1 AC 919 ;
Sir Robert McAlpine v. Alfred McAlpine [2004] EWHC 630 ;
Smith v. Hughes [1870-1871] LR 6 QB 597, CA ;
Sony v. Saray [1983] FSR 30, CA ;
Sorrel v. Smith, [1925] A.C. 710 ;
South Hetton Coal Co. Ltd. v. North-Eastern News Association Ltd. [1894] 1 QB 133 (CA) ;
South Wales Miners' Federation v Glamorgan Coal Co. [1905] AC 239 ;
Spalding v. Gamage [1915] RPC 273, 84 LJ Ch 449 ;
Spartan Steel & Alloys v. Martin & Co. (Contractors) Ltd., [1973] QB 27 ;
Spencer v. Harding [1869-1870] LR 5 CP 561, CCP ;
Spice Girls Ltd v. Aprilia World Service BV [2002] E.W.C.A. Civ 15, [2002] E.M.L.R. 27 ;
Spring v. Guardian Assurance plc., [1993] 2 All. E.R. 273 ;
Spring v. Guardian Assurance plc., [1995] 2 AC 296 (HL) ;
Stott v. Gamble (1916) 2 KB 504 ;
Strand Electric and Engineering Co. Ltd. v. Brisford Entertainments Ltd [1952] 2 QB 246 ;
Stratford v. Lindley [1965] A.C. 269, p 340 ;
Stringfellow v. McCain [1984] RPC 501, CA ;
Sutherland Shire Council v. Heyman [1985] 60 ALR 1 ;
Swedac Ltd. v. Magnet & Southern [1989] FSR 243 ;
Swift v. Winterbottom [1873] L.R. 8 Q.B. 244 ;
Swiss Bank Cop. v Lloyds Bank (1979) Ch 548 ;
Tackey v. McBain [1912] A.C. 186 ;
Taittinger SA v. Allbev, Ltd., [1994] 4 All ER 75 (CA (Civ Div)) ;
Taverner Rutledge v. Trexapalm Ltd. [1977] RPC 275 ;
Temperton v. Russell (1893) 1 QB 715 ;
The Great Peace [2002] EWCA Civ. 1407, [2003] Q.B. 679 ;
Thompson v. MPC [1997] 3 WLR 403 ;
Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis [1998] QB 4998, 518 ;
Thomson v. Deakin (1952) Ch 646 ;
Thorleys Cattle Food v. Alassam [1886] 14 Ch D 763, CA ;
Thorne v. MTA [1937] A.C. 797 ;
Three Rivers Dist. Council v. Bank of Eng., [2003] 2 A.C. 1 (H.L.) ;
Tornston v. Telegraph Media Group Ltd. [2010] E.W.H.C. 144 (QB) ;
Torquay Hotel Co. v. Cousins, [1969] 2 Ch. 106 (CA) ;
Total Network v. Revenue and Customs [2008] U.K.H.L 19 ;
Union Traffic Ltd v. TGWU (1989) IRLR 127 ;
Vennootschap v. J Townend & Sons (Hull) Ltd., [1979] AC 731 (HL) 742 ;
Vodafone group plc v. Orange Personal Communications Services [1997] F.S.R.34 ;
Walter v. Morgan [1861] 3 De GF&J 718, 45 E.R. 1056 ;
Ware and De Freville v. Motor Traders Association [1921] 3 K.B. 40 ;

-
- Warnink (Erven) BV v. Townend and Sons Ltd.* [1979] 1C 731, HL ;
Weld-Blundell v. Stephens [1920] AC 956 (HL) 984 ;
Whife v. Cullen & Partners, The Times, 15 novembre 1993 (CA) ;
White v. Mellin [1895] A.C.154 ;
Wilsher v. Essex Area Health Authority [1988] 1 All. E.R. 871 (H.L.) ;
Wilts United Dairies v. Robinson [1958] R.P.C. 94, 220, CA ;
Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489, 498 (K.B. 1763) ;
Wombles v. Wombles Skips [1977] RPC 99 ;
Woolworth (FW) & Co. v. Woolworths (Australasia) Ltd. [1930] 47 RPC 337 ;
Yam Seng PTE Ltd v International Trade Corporation Limited [2013] EWHC 111 (QB).

Décisions européennes (Classées par dates).

Cour de Justice de l'Union européenne.

CJUE, 17 octobre 1972, Aff. 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1972 00977 ;

CJUE, 10 octobre 1973, aff. 34/73, *Fratelli Variola S.p.A. contre Administration des finances italiennes*, Rec. 1973 00981 ;

CJUE, 30 avril 1974, Aff. 155/73, *Giuseppe Sacchi*, Rec. 1974 00409 ;

CJUE, 14 mai 1974, Aff. 7/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974 00491 ;

CJUE, 11 juillet 1974, Aff. 8/74, *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, Rec. 1974 00837 ;

CJUE, 4 novembre 1979, aff. 238/78, *Ireks-Arkady GmbH contre Conseil et Commission des Communautés européennes*, Rec. 1979 02955 ;

CJUE, 27 février 1980, aff. 68/79, *Hans Just I/S contre Ministère danois des impôts et accises*, Rec. 1980 00501 ;

CJUE, 19 mai 1982, aff. jointes 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, *P. Dumortier frères SA et autres contre Conseil des Communautés européennes*, Rec. 1982 01733 ;

CJUE, 29 septembre 1982, aff. C-26/81, *SA Oleifici Mediterranei contre Communauté économique européenne*, Rec. 1982 03057 ;

CJUE, 9 novembre 1983, Aff. C-199/82, *Administration des finances de l'État italien contre SpA San Giorgio*, Rec. 1983 03595 ;

CJUE, 26 avril 1988, Aff. 352/85, *Bond van Adverteerders et autres contre État néerlandais*, Rec. 1988 02085 ;

CJUE, 11 juillet 1989, Aff. 246/86, *SC Belasco et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1989 02117 ;

CJUE, 6 février 1990, Aff. C-201/86, *Société Spie-Batignolles contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1990 I-00197 ;

CJUE, 8 novembre 1990, Aff. C-177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contre Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, rec. 1990 I-03941 ;

CJUE, 25 juillet 1991, Aff. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres contre Commissariaat voor de Media*, Rec. I-04007 ;

CJUE, 19 novembre 1991, Aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, Rec. 1991 I-05357 ;

CJUE, 24 novembre 1993, Aff. Jointes C-267/91 et C-268/91, *Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard*, Rec. I. 6097 ;

CJUE, 2 février 1994, C-315/92, *Verband Sozialer Wettbewerb eV contre Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*. Demande de décision préjudicielle : Landgericht Berlin - Allemagne. Rec. 1994 I-00317 ;

CJUE du 13 avril 1994, Aff. C-128/92, *H. J. Banks & Co. Ltd. contre British Coal Corporation*, Rec. 1994 I-01209 ;

CJUE, 5 octobre 1994, Aff. 23/93, *TV10 SA contre Commissariaat voor de Media*, Rec. I-04795 ;

CJUE, 10 mai 1995, Aff. 384/93, *Alpine Investments BV contre Minister van Financiën*, Rec. I-01141 ;

CJUE, 6 juillet 1995, Aff. C-470/93, *textitVerein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. contre Mars GmbH*, Rec. 1995 I-01923 ;

CJUE, 5 mars 1996, Aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factortame Ltd et autres*, Rec. 1996 I-01029 ;

CJUE, 18 juin 1998, Aff. C-35/96, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, Rec. 1998 I-03851 ;

CJUE, 16 juillet 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH et Rudolf Tusky contre Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*, Rec. 1998 I-04657 ;

CJUE, 13 janvier 2000, C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG contre Lancaster Group GmbH*, rec. 2000 I-00117 ;

CJUE, 21 septembre 2000, aff. C-441/98 et C-442/98, *Kapniki Michailidis AE contre Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)*, rec. 2000 I-07145 ;

CJUE, 5 octobre 2000, Aff. C-376/98, *République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Rec. 2000 I-02247 ;

CJUE, 5 octobre 2000, Aff. C-74/99, *The Queen contre Secretary of State for Health et autres, ex parte Imperial Tobacco Ltd et autres*, Rec. 2000 I-08599 ;

CJUE, 30 novembre 2000, aff. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst contre Republik Österreich*, rec. 2000 I-10497 ;

CJUE, 8 mars 2001, Aff. C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) contre Gourmet International Products AB (GIP)*, Rec. 2001 I 1795 ;

CJUE, 20 septembre 2001, Aff. C-453/99, *Courage Ltd contre Bernard Crehan et Bernard Crehan contre Courage Ltd. et autres*, Rec. 2001 I-06297 ;

CJUE, 25 octobre 2001, Aff. C-112/99, *Toshiba Europe GmbH contre Katun Germany GmbH*, Rec. 2001 I-07945 ;

CJUE, 13 juillet 2002, Aff. C-262/02, *Commission des Communautés européennes contre République française*, Rec. I-06569 ;

CJUE, 17 septembre 2002, Aff. C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia SA et Superior Fruiticola SA contre Frumar Ltd. et Redbridge Produce Marketing Ltd.*, Rec. 2002 I-07289 ;

CJUE, 12 novembre 2002, C-206/01, *Arsenal Football Club plc contre Matthew Reed.*, Demande de décision préjudicielle : Royaume-Uni, Rec. 2002 I-10273 ;

CJUE, 8 avril 2003, Aff. C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH et Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, Rec. 2003 I-03095 ;

CJUE, 23 octobre 2003, Aff. C-245/01, *RTL Television GmbH contre Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Rec. I-12489 ;

CJUE, 13 juillet 2004, Aff. C-429/02, *Bacardi France SAS, anciennement Bacardi-Martini SAS contre Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA et Giro Sport SARL*, Rec. I-06613 ;

CJUE, 15 mars 2005, Aff. C-228/03, *The Gillette Company et Gillette Group Finland Oy contre LA-Laboratories Ltd Oy*, Rec. 2005 I-02337 ;

CJUE, 30 mars 2006, Aff. C-259/04, *Elizabeth Florence Emanuel contre Continental Shelf 128 Ltd.*, Demande de décision préjudicielle : *The Person Appointed by the Lord Chancellor under Section 76 of The Trade Marks Act 1994, on Appeal from the Registrar of Trade Marks - Royaume-Uni*, Rec. 2006 I-03089 ;

CJUE, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito contre Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) et *Nicolò Tricarico* (C-297/04) et *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) contre *Assitalia SpA*, aff. jointes C-295/04 à 298/04, rec. 2006 I-06619 ;

CJUE, 19 septembre 2006, Aff. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG contre Etablissements Franz Colruyt NV*, Rec. 2006 I-08501 ;

CJUE, 19 avril 2007, Aff. C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel SA contre Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, Rec. 2007 I-03115 ;

CJUE, 23 avril 2009, *VTB-VAB NV contre Total Belgium NV* (C-261/07) et *Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV* (C-299/07), aff. jointes C-261/07 et C-299/07, rec. 2009 I-02949 ;

CJUE, 10 septembre 2009, Aff. C-446/07, *Alberto Severi contre Regione Emilia Romagna*, Rec. 2009 I-08041 ;

CJUE, 10 septembre 2009, aff. C-199/08, *Erhard Eschig contre UNIQA Sachversicherung AG*, rec. 2009 I-08295 ;

CJUE, 14 janvier 2010, Aff. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV contre Plus Warenhandels-gesellschaft mbH.*, Rec. 2010 I-00217 ; D. 2010. Pan. 791, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; ibid. AJ 258, obs. CHEVRIER ; RTD eur. 2010. 715, obs. AUBERT DE VINCELLES ; JCP E 2010, n° 1044 ; Gaz. Pal. 2010. 1043, obs. PEZÉ ; CCC 2010, n° 84, obs. RAYMOND ; RJDA 2010, n° 300 ; Dr. et proc. 2010. 115, note DE LA ASUNCION PLANES ; RLDA avr. 2010. 37, note GRALL et CAMILLERI ; RDC 2010. 1290, note AUBERT DE VINCELLES ; Europe 2010, n° 120, obs. MEISTER ;

CJUE, 11 mars 2010, aff. C-522/08, *Telekomunikacja Polska SA w Warszawie contre Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, Rec. 2010 I-02079 ;

CJUE, 23 mars 2010, Aff. jointes C-236/08 à C-238/08, *Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL contre Viaticum SA et Luteciel SARL* (C-237/08) et *Google France SARL contre Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL et autres* (C-238/08), demandes de décision préjudicielle : Cour de cassation/France, Rec. 2010 I-02417 ;

CJUE, 25 mars 2010, Aff. C-278/08, *Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH contre Günther Guni et trekking.at Reisen GmbH*. Demande de décision préjudicielle : Oberster Gerichtshof/Autriche, Rec. 2010 I-02517 ; Propriété industrielle n° 6, Juin 2010, comm. 39, FOLLIARD-MONGUIRAL ;

CJUE, 30 juin 2010, Aff. C-288/10, *Wamo BVBA contre JBC NV et Modemakers Fashion NV*, rec. 2011 I-05835 ;

CJUE, 14 septembre 2010, Aff. C-48/09 P, *Lego Juris A/S contre Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)*, Rec. 2010 I-08403 ; Propriété industrielle n° 11, Novembre 2010, comm. 72, FOLLIARD-MONGUIRAL ;

CJUE, 9 novembre 2010, Aff. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG contre "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH*, Rec. 2010 I-10909 ; D. 2011. Pan. 975, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; RTD eur. 2011. 630, obs. AUBERT DE VINCELLES ; CCC 2011, n° 21, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2011. 952, obs. PIEDELIÈVRE ; Dr. et proc. févr. 2011, suppl. Droit de la consommation, p. 5, obs. DE LA ASUNCION PLANES ; RDLC 2011, n° 1, p. 127, obs. ROBERVAL ; Europe 2011, n° 30, obs. IDOT ;

CJUE, 12 mai 2011, Aff. C-122/10, *Konsumentombudsmannen contre Ving Sverige AB*, Demande de décision préjudicielle : Marknadsdomstolen/Suède, Rec. 2011 I-03903 ;

CJUE, 15 mars 2012, Aff. C-453/10, *Jana Pereničová et Vladislav Perenič contre SOS financ spol. s r. o.*, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général) ;

CJUE, 4 octobre 2012, *Pelckmans Turnhout NV contre Walter Van Gastel Balen NV et autres*, aff. C-559/11, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général - partie "informations sur les décisions non publiées") ;

CJUE, 18 octobre 2012, Aff. C-428/11, *Purely Creative Ltd et autres contre Office of Fair Trading*, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général) ; BICC 1^{er} février 2013, n° 141 ; Dalloz actualité, 24 oct. 2012, obs. ASTAIX ; D. 2013. Pan. 948, obs. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; JCP 2012, n° 1216, obs. PICOD ; RJDA 2013, n° 72 ; Gaz. Pal. 2012. 3488, obs. PIEDELIÈVRE ; RLDA déc. 2012. 54, note BERNADSKAYA ; Dr. et proc. févr. 2013, suppl. Droit de la consommation, p. 5, obs. DE LA ASUNCION PLANES ; RJ com. 2013. 150, obs. LELOUP ; Europe 2012, n° 508, obs. GAZIN ;

CJUE, 13 janvier 2013, *Georg Köck contre Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, aff. C-206/11, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général) ;

CJUE, 7 mars 2013, *Euronics Belgium CVBA contre Kamera Express BV et Kamera Express Belgium BVBA*, aff. C-343/12, non encore publié(e) (Recueil général) ;

CJUE, 18 juillet 2013, *Citroën Belux NV contre Federatie voor Verzekerings- en Financiële Tussenpersonen (FvF)*, aff. C-265/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général) ;

CJUE, 19 septembre 2013, *CHS Tour Services GmbH contre Team4 Travel GmbH*, aff. C-435/11, non encore publié(e) (Recueil général) ;

CJUE, 3 octobre 2013, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, aff. C-59/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général) ;

CJUE, 17 octobre 2013, *RLvS Verlagsgesellschaft mbH contre Stuttgarter Wochenblatt GmbH*, aff. C-391/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général) ;

CJUE, 19 décembre 2013, *Trento Sviluppo srl et Centrale Adriatica Soc. coop. arl contre Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-281/12, publié(e) au Recueil numérique (Recueil général) ;

CJUE, 3 avril 2014, « *4finance* » *UAB contre Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba et Valstybinė mokesčių inspekcija prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos*, aff. C-515/12, non encore publié(e) (Recueil général) ;

CJUE, 10 juillet 2014, *Commission européenne contre Royaume de Belgique*, aff. C-421/12, non encore publié(e) (Recueil général), D. 2014. 2488, obs. DORANDEU ; RTD eur. 2014. 730, obs. AUBERT DE VINCELLES ;

CJUE, 16 avril 2015, *Demande de décision préjudicielle : Kúria - Hongrie*, aff. C-388/13, non encore publié(e) (Recueil général) ;

CJUE, 4 juin 2015, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. contre Teekanne GmbH & Co. KG*, aff. C-195/14, non encore publié(e) (Recueil général).

Cour Européenne des Droits de l'Homme.

CourEDH, *marktointern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § ..., série A n° 165 ;

CourEDH, *Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, § ..., série A n° 285-A ;

CourEDH, *Comingersoll S.A. c. Portugal [GC]*, no 35382/97, § ..., CEDH 2000-IV ;

CourEDH, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie (satisfaction équitable)*, no 31524/96, § ..., 30 octobre 2003 ;

CourEDH, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, § ..., série A n° 332 ;

CourEDH, *Chapmann c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, D. 2002. 2758, note FIORINA ; RTD civ. 2001, 448, obs. MARGUÉNAUD ;

CourEDH, *Hamer c. Belgique*, n° 21861/03, § ..., CEDH 2007-V (extraits) ; D. 2008, p.884, note MARGUÉNAUD.

Décisions espagnoles (classées par dates).

8 juillet 1981, RJ 1981, 3053 ;
TS 21-5-82, RJ 1982, 2588 ;
STS 28 novembre 1983, RJ 1983, 6681 ;
21 septembre 1987, RJ 1987, 6186 ;
TS 11-5-88, RJ 1988, 4053 ;
TS 5-4-91, RJ 1991, 2642 ;
STS 22 octobre 1993, RJ 1993, 7762 ;
22-6-95, RJ 1995, 10040 ;
TS 2-2-96, RJ 1996, 1081 ;
STS, 27 enero 1997, RJ 1997, 21 ;
TS 4-7-97, RJ 1997, 5842 ;
STS 3 octobre 1997, RJ 1997, 7088 ;
9-10-97, RJ 1997, 7107 ;
STS 23 febrero 1998, RJ 1998, 1164 ;
STS 5 noviembre 1998, RJ 1998, 8404 ;
30-1-99, RJ 1999, 10 ;
5-6-99, RJ 1999, 4727 ;
STS 12 julio 1999, RJ 1999, 4770 ;
Barcelona, 14 avril 2000, AC 2000/1665 ;
14 mai 2002, JUR 2002/198901 ;
La Rioja, 31 juillet 2003, JUR 2003/242077 ;
Girona, 12 juillet 2004, AC 2004/1590 ;
29 octobre 2004, RJ 2004, 6860 ;
23 décembre 2004, RJ 2005, 81 ;
STS 24 febrero de 2005, 234/2005 ;
23 mai 2005, RJ 2005, 9760 ;
1^{er} juin 2005, RJ 2005, 5307 ;
TS 7-7-2006, STS 3936/2006 ;
Burgos, 23 février 2007, AC 2007/839.

Décisions françaises (classées par dates).

- Cass. civ., 25 mai 1870, Guilloux, DP, 1870.I.257 ; S., 1870.I.341 ;
 Cass. req., 20 mars 1883 : S. 1884, 1, 417 ;
 Cass. civ., 14 mars 1892, DP 1892. 1. 523 ;
 Cass. Req. 15 juin 1892, GAJC, t. 2, 12^e éd., n° 239 ; DP 1892. 1. 596 ; S. 1893. 1. 281, note LABBÉ ;
 Cass. req., 6 avril 1903 : S. 1904, 1, 505, note NAQUET ;
 Cass. civ., 28 janvier 1913 : S. 1913, 1, 487 ;
 Cass. Civ., 12 mai 1914 : S. 1918, I, 41, note NAQUET ;
 Cass. civ., 6 février 1928 : S. 1928, 1, p. 183 ;
 Cass. civ. 17 novembre 1930 : DP 1932. 1. 161, note LAURENT ;
 Cass. civ., 23 novembre 1931 : D. 1932, 1, 129, note JOSSERAND ;
 Cass. req., 1^{er} juin 1932, D. 1932, 1, p.102, rapp. Cons. Pilon ; S. 1933.1.49, note MAZEAUD ;
 Gaz. Pal., 1932.2.363 ;
 Cass. Crim., 20 avril 1934, DH 1934. 318 ;
 Cass. req., 20 janvier 1941 : DA 1941, 179 ;
 Cass. civ. 3 août 1942 : DA 1943. 18 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2001 : Bull. civ. I, n° 31 ; JCP 2001. I. 330, n° 5 sq., obs. ROCHFELD ; Defrénois 2002. 476, note ROBINE ; RTD civ. 2001. 352, obs. MESTRE et FAGES ; Cass. com. 30 mai 2006 : CCC 2006, n° 224, note LEVENEUR ;
 Cass. civ., 24 novembre 1942 : Gaz Pal. 1943, I, p.50 ;
 Cass. Civ. 25 mai 1948, Rev. Crit. 1949. 89, note BATIFFOL ; S. 1949.1.21, note NIBOYET, J.C.P. 1948.II.4532, note VASSEUR ;
 T.Com. Seine, 1^{re} ch., 2 avril 1951, JCP G 1951, IV, p112 ;
 Cass. Com. 1^{er} avril 1952 : D. 1952. 380 et 685, COPPER-ROYER ;
 Cass. Civ. 2^e, 16 juillet 1953, JCP 1953. II. 7792, note RODIÈRE ;
 Cass. 2^e civ., 8 juillet 1954, Haller, JCP 1954. IV. 122 ; Cass. 2^e civ., 15 mars 1956, D. 1956.445, note SAVATIER ;
 Cass. Civ. 2^e, 28 octobre 1954, Bull. civ. II n° 328, JCP 1955. II. 8765, note SAVATIER, RTD civ. 1955, p. 324, obs. H. ET L. MAZEAUD ; 14 février 1982, JCP 1982. II. 19894, note BARBIERI ; Crim. 12 avril 1994, Bull. crim. n° 146 ;
 Cass. Crim. 12 mai 1955 : D. 1955. 486 ;
 Cass. crim., 12 juin 1956, Bull. crim., n° 46 ;
 Cass. soc., 26 octobre 1957 : Bull. civ. IV, n° 1011 ;
 Cass. Civ. 1^{re}, 7 janvier 1964, Rev. crit. DIP 1964. 302, note BATIFFOL, JDI 1964. 302, note GOLDMAN, JCP 1964. II. 13590, note ANCEL ;
 Cass. com., 21 février 1967 : Bull. civ. 1967, II, n° 82 ;
 Cass. com., 20 octobre 1970 : JCP 1971, II, 16916 obs. GHESTIN ;
 Cass. Civ. 3^e, 15 janvier 1971 : Bull. civ. III, n° 38 ; D. 1971. Somm. 148 ; RTD civ. 1971. 839, obs. LOUSSOUARN ;
 Cass. Civ. 1^{re}, 24 juin 1971, Bull. civ. I, n° 405 ; JCP G, 1972.II.17191, n. GHESTIN ;

- Cass. Civ. 1^{re}, 26 janvier 1972 : D. 1972, 517 ; JCP 1972, II, 17065 ;
Cass. Civ. 1^{re}, 31 janvier 1973 : Bull. civ. I, n° 40 ; RTD com. 1974. 146, obs. HÉMARD ;
Cass. Civ. 1^{re}, 27 mars 1973 : JCP G 1974, II, 17643, note SAVATIER ;
Cass. Civ. 3^e, 6 juin 1973 : D. 1974, 151 note MALAURIE ;
Cass. Civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, Gaz. Pal., 1974, 1, p.295, note PLANCQUÉEL ;
Cass. crim., 16 mai 1974, n° 73-91.139, Bull. crim., n° 178, D. 1974. 513, rapp. DAUVERGNE ;
CA Lyon, 21 mai 1974, JCP G 1974, IV, p336, RTD com. 1974 p513, obs. CHAVANNE et AZÉMA ;
Cass. Civ. 1^{re}, 4 février 1975, D., 1975, p.405, note GAURY ; JCP, 1975, II, 18100, note LARROUMET ; Defrénois, 1975, p.1532, obs. AUBERT ; RTD civ., 1975, p.537 ;
Cass. Civ. 2^e, 11 février 1976 : D. 1976. 609, note LARROUMET ;
Cass. Crim., 3 mars 1976 : Bull. crim. 1976, n° 81 ; Rev. sc. crim. 1976, p. 990, obs. ROBERT ;
Cass. Crim. 8 mars 1978, JCP 1979. 19019, note FOURGOUX ;
Cass. Crim. 4 décembre 1978 : D. 1979. IR 180, obs. ROUJOU DE BOUBÉE ;
Cass. Crim. 13 mars 1979 : JCP Cl 1979. II. 13104, note GUINCHARD ;
Cass. com., 6 juillet 1979, D. 1980, IR 416, obs. LARROUMET ;
Cass. Crim. 27 octobre 1980 : RTD com. 1981. 622, obs. BOUZAT ;
Cass. 1^{re} civ. 13 janvier 1981, JDI 1981. 360, note HUET, Rev. crit. DIP 1981. 331, note GAUDEMET-TALLON ;
CA Paris, 4 mai 1981, Gaz. Pal., 1981, 2, 742 ;
Cass. Com. 2 juin 1981 : Bull. civ. IV, n° 259 ;
Cass. 2^e civ., 9 juillet 1981 : Bull. civ. 1981, II, n° 156 ; Cass. 2^e civ., 4 février 1982 ; JCP G 1982, II, 19894, note BARBIÈRI ; Cass. 1^{re} civ., 30 mai 1995 ; JCP G 1995, IV, n° 1810 ;
Cass. Crim. 30 nov. 1981 : D. 1982. IR 151 ;
Cass. crim., 9 février 1982, Bull. crim. n° 45 ;
CA Paris, 1^{er} mars 1982 : Gaz. Pal. 1982, 2, jurispr. p. 573 ;
Cass. Civ. 1^{re}, 15 avril 1982, D. 1984.J.439, note PIZZIO ;
CA Paris, 24 mai 1982, D. 1983. 11, note PRADEL et PAIRE ;
Cass. Crim. 13 décembre 1982 : Bull. crim. 1982, n° 285 ;
Cass. crim. 8 février 1983, Bull. crim., n° 46 ;
Cass. Crim. 3 janvier 1984 : JCP E 1984. I. 13188 ;
Cass. Civ. 3^e, 17 janvier 1984 : Bull. civ. III, n° 13 ;
CA Paris, 4^e ch., 1^{er} mars 1984, Gaz. Pal. 1984, 2, som., p433 ;
Cass. crim., 21 mai 1984, D. 1985.J.105, note MARGUERY ; RTD com., 1985. 579, obs. BOUZAT ;
CA Paris 13^e ch. A, 9 juillet 1984 : Gaz. Pal. 1985, 1, jurispr. p. 151 ;
CA Paris, 13^e ch. B, 12 décembre 1984 : Gaz. Pal. 1985, 1, jurispr. P.134, note MARCHI ;
Cass. com., 12 mars 1985, *Bordas* : JurisData n° 1985-000693 ;
Cass. Soc., 20 oct. 1985, Rev. crit. DIP 1985. 99, note GAUDEMET-TALLON ;

- Cass. Com. 22 octobre 1985, n° 83-15.096, Bull.civ. IV, n° 245, JCP G 1986, IV,p11 ;
- Cass. Civ. 2^e, 23 octobre 1985 : Bull. civ. II, n° 158 ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 15 avril 1986 (RTD civ. 1987.86, obs. MESTRE ;
- Civ. 2^e, 18 juin 1986 : Bull. civ. II, n° 93 ; 1^{er} juill. 1992 : Bull. crim. n° 179 ; Dr. pénal oct. 1992, obs. MARON ; RCA 1992. Comm. 407 ;
- Cass. Com., 22 juillet 1986, n° 84-12.829, *SA Carrefour-Bourges c/ SRGM Groupe Arlaud* : JurisData n° 1986-701578 ; D. 1986, jurispr. P. 436, CAS ;
- Cass. Crim., 12 novembre 1986 : Bull. crim. 1986, n° 335 ; JCP G 1987, IV, 29 ;
- Cass. com., 6 janvier 1987, n° 85-14.434, D. 1988, som. p211, obs. SERRA ;
- Cass. 3^e civ., 14 janvier 1987 : JCP 1987, IV, 96 ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 12 novembre 1987 : D. 1987. IR 236 ;
- Cass. Crim., 24 mars 1987 : JCP G 1988, II, 21017, note HEIDSIECK ;
- Cass. Crim. 5 octobre 1987 : Bull. crim. n° 334 ; D. 1987. IR 236 ;
- CA Paris, 25 janvier 1988, D. 1988, IR 50 ;
- Cass. crim. 11 octobre 1988, RCA 1988, chr. 2, GROUTEL ; Cass. civ. 3^e, 24 juin 1987, B III, n° 130 ; Cass. civ. 2^e, 8 juin 1994, B II n° 154 ; Cass. civ. 2^e, 22 février 1995, D. 1995, somm. 233, obs. MAZEAUD ;
- Cass. com. 10 janvier 1989, Bull. civ., IV, n° 12 ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 25 janvier 1989 : D. 1989, p. 253, note MALAURIE ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 14 juin 1989 : D. 1989. Somm. 338, obs. AUBERT ; JCP 1991. II. 21632, note VIRASSAMY ;
- CA Saint Denis de la Réunion, 6 octobre 1989 : JCP 1990. II. 21504, note PUTMAN ;
- Cass. crim. 28 nov. 1989 Bull. crim. n° 441 ;
- Cass. Crim. 11 janvier 1990, JCP E 1990. II. 19729 ;
- Cass. com., 27 février 1990, *Mazenod* : JurisData n° 1990-000618 ;
- Cass. Crim., 8 mars 1990 (n° 87-81.049 , Bull. crim. n° 111, Dr. pénal 1990, comm. 227, obs. ROBERT, JCP 1990. II. 21542, note ROBERT, D. 1994, somm. 158, obs. ROUJOU DE BOUBEE ;
- Cass. com., 3 juillet 1990, n° 88-12.782 ;
- Cass. crim., 11 juillet 1990 : JCP E 1990, I, 19729 ;
- Cass. com. 16 avril 1991 : JCP 1992, II, 21871, obs. GAIN ;
- Cass. crim. 13 juin 1991, D. 1992.J.430, note PAIRE ;
- Cass. com., 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 234 ; Defrénois 1992, art. 35212, n° 12, obs. AUBERT ;
- Paris, 5 juillet 1991, JCP, éd. E. 1991.Pan.988 ;
- Cass. Civ. 3^e, 20 novembre 1991, Bull. civ. III, n° 284 ;
- Cass. crim., 30 janvier 1992 : Bull. crim. 1992, n° 44 ; JCP E 1992, pan. 829 ; Dr. pén. 1992, comm. 208, obs. ROBERT ; RTD com. 1992, p. 880, obs. BOUZAT ; RTD com. 1993, p. 151, obs. BOULOC ;
- Cass. crim. 13 avril 1992, Bull. crim. n° 158 ;
- Cass. com., 24 mars 1992, n° 90-13.269 ;

- Cass. Civ. 1^{re}, 25 mai 1992 (D. 1992.som.401, obs. KULLMANN ;
Cass. com., 9 février 1993, n° 91-12.258, Bull. civ. IV, n° 53 ;
Cass. Crim. 3 mars 1993, Bull. crim. n° 97 ;
Cass. com., 29 juin 1993, pourvoi n° 91-21-764 ;
Cass. Civ. 1^{re}, 17 novembre 1993, Bull. civ., I, n° 326 ; RTD civ., 1994, 115, obs. P. JOURDAIN ;
CA Aix-en-Provence, 5^e ch., 26 janvier 1994 : Contrats, conc. consom. 1994, comm. 238 ;
Cass. Crim., 23 mars 1994 : Bull. crim. 1994, n° 114 ; Cass. Crim., 14 novembre 2000 : Dr.
Pén. 2001, comm. 34, obs. ROBERT ;
Cass. com. 22 mai 1994, Bull. civ., IV, n° 172 ;
CA Versailles, 8 juillet 1994, RTD civ. 1995, 97, obs. MESTRE ;
Cass. Civ. 1^{re}, 20 juillet 1994, Bull. civ. I, n° 262 ; D. 1995. somm. 314, obs. PIZZIO ;
Defrénois 1995. 350, obs. MAZEAUD ; RD immo. 1995. 364, obs. HEUGAS-DARRASPEN et
SCHAUFELBERGER ; RTD civ. 1995. 881, obs. MESTRE ;
CA Paris, 20 septembre 1994, Gaz. Pal. 1995. I. Somm. 97 ;
Cass. com., 18 octobre 1994 : Bull. civ. 1994, IV, n° 299 ;
Cass. Com. 13 décembre 1994, CCC 1995, n° 48, note LEVENEUR ;
Cass. Civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, D. 1995.J.327, note PAISANT ; D. 1995.som.229, obs. DELEBECQUE ;
D. 1995.som.310, obs. PIZZIO ; RTD civ. 1995.362, obs. MESTRE ;
Cass. civ 2^e, 1^{er} février 1995, Bull. civ. II, n° 42 ; RTD civ. 1995.626, obs. JOURDAIN ; JCP
G 1995.I. 3893, obs. VINEY ;
Cass. Crim. 5 avril 1995 : Bull. crim. n° 151 ; JCP E 1995. Pan. 814 ;
Cass. com., 13 juin 1995, *Petrossian* : JurisData n° 1995-002575 ;
Cass. com., 27 juin 1995, n° 93-18.601, Bull. civ. IV, n° 193, JCP G 1995, IV, n° 2122, D.
1996, som., p251, obs. IZORCHE ;
CA Versailles, 15 septembre 1995, RTD civ. 1996, 147, obs MESTRE ;
Cass. Crim. 14 février 1996, D. 1996. IR. 116 ;
Cass. Civ. 1^{re}, 13 mars 1996 : RJDA 1996, n° 155 ;
Cass. Crim., 27 mars 1996, Bull. crim. n° 139 ; D.1996. IR 168 ; BID 1996, n° 12, p.21 ;
RSC 1997. 122, note GIUDICELLI ;
Cass. Civ. 1^{re}, 3 juillet 1996 : Bull. civ. I, n° 288 ; D. 1996. Somm. 323, obs. DELEBECQUE ;
CA Paris, 4 octobre 1996, CCC 1997, comm. 34, obs. RAYMOND ;
TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 4 octobre 1996, n° 96/11949 ;
CA Paris, 25^e ch., sect. B, 4 octobre 1996, RJDA 1997, n° 5, n° 629 ;
Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1996, Bull. civ. I, n° 365 ; Defrénois 1997, art. 36516, p. 342, note
AUBERT ;
Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 1996 : Bull. civ. 1996, I, n° 378 ; D. 1997, p.403, note LAULOM ;
ibid. somm. p.289, obs. JOURDAIN ; RTD civ. 1997, p.633, obs. HAUSER ; JCP G 1997, I, 4025,
n° 5, obs. VINEY ;
Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 1997 : Bull. civ. I, no 75 ; R., p. 271 ; GAJC, 12^e éd., no 16 ; D.
1997. Somm. 319, obs. PENNEAU ; JCP 1997. I. 4025, no 7, obs. VINEY ; Gaz. Pal. 1997. 1.

274, rapp. Sargos, note GUIGUE ; Defrénois 1997. 751, obs. AUBERT ; LPA 16 juill. 1997, note DORSNER-DOLIVET ; RCA 1997. Chron. 8, par LAPOYADE-DESCHAMPS ; CCC 1997. Chron. 5, par LEVENEUR ; RDSS 1997. 288, note DUBOIS ; RGAT 1997. 852, note RÉMY ; RTD civ. 1997. 434, obs. JOURDAIN ;

Cass. Civ. 2^e, 19 mars 1997, B II n° 87, JCP 1997. IV. 1037 ;

Cass. com., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-20-719 ;

Cass. com., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-16-984 ;

TGI Paris, 10 septembre 1997 : PIBD 1997, III, p. 586 ;

Paris, 13 novembre 1997, D. 1998.IR.11 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 25 novembre 1997, n° 95 22240, Bull. civ. I, n° 328 ; RTD civ. 1998. 210, obs. MOLFESSIS ;

Cass. Civ. 2^e, 3 décembre 1997 : Juris-Data n° 1997-005187 ;

Cass. Civ. 2^e, 18 mars 1998 : Juris-Data n° 1 998-001615 ;

Cass. Civ. 3^e, 29 avril 1998 : Bull. civ. III, n° 87 ; JCP 1998, IV, 2351 ;

Paris, 6 mai 1997 : CCC 1998, n° 16, obs. RAYMOND ;

Paris, 3 juillet 1998, D. 1999.J.249 ;

Cass. Crim., 14 octobre 1998, Bull. crim. 1998, n° 262 ; JCP G 1999, II, 10066, note CONTE, JCP, E., 1999.462, note CONTE ; D. 2000. somm. 130, obs. GOZZI ; D. 2000. somm. 281, obs. TOURNAFOND ;

Cass. crim., 21 octobre 1998 : Juris-Data n° 1998-004972 ; Cass. civ. 2^e, 23 janvier 2003, JCP 2003. II. 10110, note BARBIERI ; Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 2004 : Bull. civ. 2004, I, n° 264 ;

Cass. Crim. 26 octobre 1999 : Bull. crim. n° 233 ; D. 2000. AJ 80 ; Dr. pénal 2000. Comm. 21, obs. ROBERT ;

Cass., 2^e civ., 17 décembre 1998 : Bull. civ. 1998, II, n° 669 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 9 mars 1999, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 1999. IR. 95 ; RD immo. 1999. 448, obs. HEUGAS-DARRASPEN ;

Cass. Com., 19 octobre 1999 : Bull. civ. 1999, IV, n° 176 ; Defrénois 2000, P.1278, note LECOURT ;

Cass. Com., 14 décembre 1999, n° 97-20.274 ; RLDA février 2000, n° 1495, obs. STORRER ;

Cass. Crim. 1^{er} février 2000, n° 99-84.378, Bull. crim. N° 52, D. 2000. 198, obs. RONDEY, RTD com. 2000. 741, obs. BOULOC, Dr. pénal 2000, comm. 59, obs. ROBERT, CCC 2001, comm. 14, obs. RAYMOND ;

CA Paris, 20 avril 2000, n° 1997/23454 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 169, JCP 2001. II. 10461, note LOISEAU, RTD civ. 2000. 827, obs. MESTRE et FAGES, et 863, obs. GAUTIER, Defrénois 2000, ort. 37237, n° 68, obs. DELEBECQUE, D. 2000. 879, note CHAZAL ;

Cass. com. 14 juin 2000, RJDA 2000, n° 1195, CCC 2000, n° 81, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Cass. com. 1^{er} juillet 2003, Propr. ind. 2003, n° 96, obs. SCHMIDT-SZALEWSKI ;

CA Paris, 27 septembre 2000, D. 2001, p. 1309, note AUGUET ;

- Cass. Crim. 17 octobre 2000, BID 2001, n° 6, p.6 ;
- Cass. Com. 24 octobre 2000 : BRDA 2000, n° 21, p.13 ;
- Cass. Com. 21 novembre 2000, RJDA 2001, n° 248 ;
- Cass. 3^e civ., 3 janvier 2001 : JCP 2001, I, 354, obs. SÉRINET ;
- Cass. Civ 1^{re}, 13 février 2001, Bull. civ. I, n° 31, RTD civ. 2001. 352, obs. MESTRE et FAGES ; JCP 2001. I. 330, obs. ROCHFELD ; Defrénois 2002, art. 37521, note ROBIN ;
- Cass. civ. 3^e, 21 février 2001 : Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001. 2702, note MAZEAUD ; *ibid.*, Somm. 3236, obs. AYNÈS ; D. 2002. Somm. 927, obs. CARON et TOURNAFOND ; JCP 2002.II. 1002, note JAMIN ; *ibid.* 2001.I. 330, n° 10 sq., obs. CONSTANTIN ; JCP E 2002. 764, note CHAUVEL ; Defrénois 2001. 703, obs. LIBCHABER, LPA 30 octobre 2001, note GENTILI ; AJDI 2002. 70, obs. COHET-CORDEY ; RTD civ. 2001. 353, obs. MESTRE et FAGES ;
- CA Paris, 28 mars 2001 : Comm. com. électr. 2003, comm. 14, obs. CARON ;
- Cass. Crim., 15 mai 2001 : Bull. crim. 2001, n° 122 ; Dr. Pén. 2001, comm. 118, obs. ROBERT ; JCP G 2001, IV, 2426 ;
- Cass. com., 6 juin 2001, n° 98-16.390, CCC 2001, comm. 158 ;
- Paris, 5 septembre 2001 : CCC 2002, n° 86, note RAYMOND ;
- Cass. Com. 9 octobre 2001, CCC, 2002, comm n° 6, obs. MALAURIE-VIGNAL, RCA 2001, comm. n° 8, RTD civ. 2002, p.304, obs. JOURDAIN ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 4 décembre 2001, RTD civ. 2002. 287, obs. MESTRE et FAGES ; Defrénois 2002. 273, note AUBERT ; D.2002.IR. 256 ;
- TGI Paris, 15 janvier 2002, D. 2002, AJ p. 1138, obs. MANARA ;
- Cass. com. 29 janvier 2002, inédit, CCC, août-septembre 2002, n° 124, obs. MALAURIE-VIGNAL ;
- Cass. Civ. 3^e, 6 mars 2002 : RTD civ. 2003. 81, obs. MESTRE et FAGES ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 00-12.932, Bull. civ. I, n° 108 ; D. 2002. 1860, note GRIDEL ; D. 2002. 1860, note CHAZAL ; D. 2002. Somm. 2844, obs. MAZEAUD ; RTD civ. 2002. 502, obs. MESTRE et FAGES ; Defrénois 2002, art. 37607, n° 65, obs. SAVAUX ; CCE 2002, n° 80, obs. CARON, et n° 89, obs. STOFFEL-MUNCK ; Gaz. Pal. 2003. 444, note ROVINSKI ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 132 ; D. 2002. IR 1811 ; JCP 2002. I. 184, n° 1 sq., obs. LABARTHE ; CCC 2002, n° 135, note LEVENEUR ;
- CA Paris, 28 juin 2002, n° 00-10676, 25^e ch. A ;
- Cass. com., 2 juillet 2002 : RJDA 2003, n° 52 ; RTD civ. 2003, 76, obs. MESTRE et FAGES ;
- Cass. Crim., 3 septembre 2002, n° 01-86.760, F-D : Juris-Data n° 2002-015936 ;
- Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002 : JCP 2002, II, 10173 1^{re} esp., note REIFEGESTE ; CCC 2002, comm. 151, 1^{re} esp., note RAYMOND ;
- Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002 : JCP 2002, II, 10173 2^e esp., note REIFEGESTE ; JCP E 2002, 1687, note VINEY ; CCC 2002, comm. 151, 2^e esp., note RAYMOND ; D. 2002, 2963, note MAZEAUD ;
- Cass. com., 22 octobre 2002, n° 01-10.283 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 18 mars 2003, Bull. civ. 2003, I, n° 85, p. 64 ; D. 2003, 1009 ; JCP 2003, IV, 1876 ; CCC 2003, comm. 100, obs. RAYMOND ; Refrénois 2003, art. 37810, obs. LIBCHABER ;

Cass. Civ. 3^e, 24 avril 2003, D. 2004, Jur. 450, note CHASSAGNARD ; JCP 2003. II. 10134, note WINTGEN ;

Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2003 : Bull. civ. I, n° 114, p.89 ; JCP 2003, II, 10144, note DESGORCES ; JCP 2003, I, 170, n°s 1 à 5, obs. LOISEAU ;

CA Rennes, 17 octobre 2003 : CCC 2004, n° 5, obs. RAYMOND ;

Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2003, n° 00-18.794, Bull. civ. I, n° 219 ; D. 2004, 233, note DELEBECQUE ; RTD civ. 2004, 96, obs. JOURDAIN ; JCP 2004, II, 10006, note LARDEUX ; Defrénois 2004.382, obs. LIBCHABER ; LPA 23 décembre 2003, 11, note ANCEL ; JDI 2004, p.499, obs. LÉGIER ;

Cass. 1^{re} civ. 9 déc. 2003, n° 01-03.225, *Sté Castellblanch c/ Sté Champagne Louis Roederer* : JurisData n° 2003-021338 ; D. 2004, p. 276, obs. MANARA ; Comm. com. électr. 2004, comm. 40, note CARON ; JCP G 2004, II, 10055, note CHABERT ; JDI 2004, p. 872, note HUET ; Rev. crit. DIP 2004, p. 632, note CACHARD ; Procédures 2004, comm. 52, obs. NOURRISSAT ; LPA 23 févr. 2005, p. 5, note BRIERE ; Bull. civ. 2003, I, n° 245 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2005, p.63 ;

CA Aix-en-Provence, 10 février 2004, n° 02/09040 ;

CA Poitiers, 10 février 2004, n° 00/00012 ;

CA Poitiers, ch. corr., 19 février 2004 : Juris-Data n° 2004-244964 ;

Cass. 3^e civ., 25 février 2004 : Bull.civ. 2004, III, n° 41 ; D. 2004, p. 1621, obs. CARON ;

CA Toulouse, 4 mai 2004, n° 03/00459 ;

CA Aix-en-Provence, 8 juin 2004, D 2005, p.185 ;

Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, RTD civ. 2004, p.738, obs. JOURDAIN ;

Cass. Civ. 1^{re}, 22 juin 2004 : Bull. civ. I, n° 182 ; D. 2005. Pan. 189, obs. MAZEAUD ; JCP 2005. II. 10006, note EYRAUD ; *ibid.* I. 132, n° 2, obs. VINEY ; CCC 2004, n° 136, note LEVENEUR ; Dr. et patr., nov. 2004, p. 82, obs. CHAUVEL ; *ibid.*, janvier 2005, p. 52, étude SAUVAT ; LPA 22 juin 2005, note CHARDEAUX ; RTD civ. 2004. 503, obs. MESTRE et FAGES ;

Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, Bull. civ. I, n° 90 ; D. 2005. 1828, note MAZEAUD ; RTD civ. 2004. 749, obs. GAUTIER ; RTD civ. 2005. 126, obs. MESTRE et FAGES ; RDC 2005. 275, obs. STOFFEL-MUNCK ; Dr. et patr. nov. 2004. 81, obs. CHAUVEL ;

CA Paris, 4^e ch. A, 8 septembre 2004, n° 04/09673 : JurisData n° 2004-249105 ;

TGI Paris, 14 septembre 2004, JCP E 2005, n° 1004, obs. CARON ;

Cass. Soc., 30 novembre 2004 : Bull. civ. V, n° 303 ; D. 2005. IR. 14 ; RDC 2005. 378, obs. RADE ;

Cass. Civ. 1^{re}, 7 décembre 2004, D. 2005 AJ 75 obs. RONDEY ; RTD civ. 2005. 389, obs MESTRE et FAGES ; RTD com. 2005. 585, obs. BOULOC ;

CA Reims, 16 décembre 2004, n° 03/02 205 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 4 janvier 2005 : Bull. civ. I, n° 6 ; RCA 2005, n° 99, note RADÉ ; RTD civ. 2005. 330, obs. PITCHO ;

Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, Bull. civ., I, n° 59 ; JCP 2005, I, 10057, note PLAISANT ; Comm. électr., 2005, comm. n° 85, obs. STOFFEL-MUNCK ; Resp. civ. et assur., 2005, comm. n° 123 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, D. 2005. 1948, note BOUJEKA ; D. Aff. 2005. AJ 887, obs. RONDEY ; CCC 2005, n° 100, note RAYMOND ; RTD civ. 2005. 391, obs. MESTRE et FAGES ;

CA Paris, 22 avril 2005, D. 2005, J., p. 1573, note CASTETS-RENARD, comm. com. électr. 2005, comm. 98, note CARON ;

Cass. Civ. 1^{re}, 10 mai 2005 : Bull. civ. I, n° 201 ; D.2005. IR. 1505 ; JCP 2006. I. 111, n° 3 sq., obs. STOFFEL-MUNCK ; Defrénois 2005. 1247, obs. AUBERT ; CCC 2005, n° 184, note LEVENEUR ; RTD civ. 2005. 594, obs. MESTRE et FAGES, et 600, obs. JOURDAIN ;

CA Agen, 23 mai 2005 : Juris-Data n° 2005-284127 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 40 ;

Cass. 3^e civ., 22 juin 2005 : JCP 2005, IV, 2811 et 2812 ;

Cass. Com. 28 juin 2005 : Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2006. 2774, note CHAUVEL ; D.2005. Pan. 2838, obs. AMRANI MEKKI ; CCE 2005, n° 158, note STOFFEL-MUNCK ; RTD civ. 2005. 591, obs. MESTRE et FAGES ;

Cass. Civ. 3^e, 14 septembre 2005, Bull. civ. III, n° 166, D. 2006. 761, note MAZEAUD ; JCP 2005. II. 10173, note LOISEAU ; RTD civ. 2005. 776, obs. MESTRE et FAGES ; Dr. et patr. janvier 2006, obs. AYNÈS ; Defrénois 2006, art. 38327, note TCHENDJOU ; RDC 2006. 314, obs. LAITHIER et 811, obs. VINEY ;

CA Montpellier, 18 octobre 2005 : CCC 2006, comm. 56, obs. RAYMOND ;

CA Paris, 16 novembre 2005, Esso : Propr. Industr. 2006, comm. 4, TREFIGNY ;

CA Orléans, ch. com. éco. et fin., 16 mars 2006, *SA Aubrais Distribution/SNC Lidl* : Juris-Data n° 2006-303311 ;

CA Paris, 4^e ch., sect. A, 26 avril 2006 : JurisData n° 2006-300702 ; Comm. com. électr. 2006, comm. 106, note CARON ;

CA. Dijon, ch. civ. B, 23 mai 2006, *SARL Quetigny Distribution Leader Price c/ SAS Carrefour Hypermarchés France* : Juris-Data n° 2006-303309 ;

T. Com. Paris, réf., 7 juin 2006, *Carrefour c/ Leclerc, Colt télécom* : Comm. Com. Electr. 2007, comm. 28, DEBET ; Gaz. Pal. 2006, somm. Jurispr. p. 3480 ;

CA Pau, ch. corr., 15 juin 2006, *Min. public c/ S.* : Juris-Data n° 2006-308675 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 252 ;

Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-14.434 ;

Cass. Com. 3 octobre 2006, n° 04-13.987, CCC 2007. Comm. 27, obs. MALAURIE-VIGNAL ;

Cass. Civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, n° 05-15.674, Bull. civ. I, n° 498 ;

Cass. Com., 30 janvier 2007, *Sté Orangina Schweppes Holding* : Propr. Industr. 2007, comm. 34 ;

Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007 : JCP 2007, act. 135, obs. ORTSCHIEDT ;

Cass. com., 20 mars 2007 n° 04-19.679 : Juris-Data n° 2007-038233 ; Bull. civ. IV, 2007, n° 91 ; JCP G 2007, II, 10088, note ANCEL ; Comm. com. électr. 2007, comm. 150, obs. MALAURIE-

VIGNAL ; Propr. Intell. 2007, n° 24, n° 349, obs. PASSA ; CARON, Comm. com. électr. 2007, repère 8 et comm. 119 ;

Cass. Com. 20 mars 2007, n° 05-21.922, JCP E 2007. 21819 ;

CA paris, 5^e ch., Sect. B, 22 mars 2007 : Juris-Data n° 2007-329825 ; Propr. indus. n° 6, juin 2007, comm. 56 LARRIEU ;

Cass. crim., 27 mars 2007, n° 06-85.442, F-P+F : JurisData n° 2007-038470 ; Bull. crim. 2007, n° 94 ; D. 2007, p. 1336, obs. RONDEY ; Dr. pén. 2007, comm. 87, obs. ROBERT ; DREYER, Un an de droit de la publicité : Comm. com. électr. 2007, étude 7, n° 11 ;

Cass. crim., 9 mai 2007, n° 06-86.373, *sté LDAS* : Juris-Data n° 2007-039030 ;

Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, n° 05-20.473 : JurisData n° 2007-038917 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 31 mai 2007 : Bull. civ. I, n° 212 ; D. 2007, 2784, note LISANTI ;

TGI Paris, réf., 2 juillet 2007, *Association Union départementale des associations familiales de l'Ardèche et al. c/ Linden Research Inc. et al.* : Comm. com. électr. 2007, comm. 111, note LEPAGE ;

Cass. com., 10 juillet 2007, n° 05-18.571, *L'Oréal* : JurisData n° 2007-040140 ; JCP G 2007, II, 10161, note CHABERT ; Comm. com. électr. 2007, comm. 119, note CARON ; Rev. crit. DIP 2008, p. 322, note TREPPOZ [1^{re} et 2^e esp.] ;

Cass. Com. 10 juillet 2007, n° 06-14.768 : R., p. 436 ; Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 2007. 2839, note STOFFEL-MUNCK ; 2844, note GAUTIER ; Pan. 2972, obs. FAUVARQUE-COSSON ; RTD civ. 2007. 773, obs. FAGES ; Defrénois 2007, art. 38667, n° 61, obs. SAVAUX ; JCP 2007. II. 10154, note HOUTCIEFF ; RDC 2007. 1107, obs. AYNÈS ; 1110, obs. MAZEAUD ; Dr. et patr. 2007, n° 162, 94, obs. STOFFEL-MUNCK ;

CA Nancy, 26 septembre 2007, RTD civ. 2008, 295, obs. FAGES, RLDC 2008, n° 2969, note CACHARD ;

Cass. Civ. 3^e, 26 septembre 2007 : Bull. civ. III, n° 159 ; Defrénois 2007. 1725, obs. LIBCHABER ;

CA Paris, 4^e ch. B, 9 nov. 2007, *M. X. c/ Sté Ebay Inc.* : www.dalloz.fr, obs. MANARA ;

Cass. Com., 20 novembre 2007, n° 05-15.643, *X. c/ Y. et FNAIM* : Propr. Industr. 2008, comm. 71, LARRIEU ;

TGI Paris, 3^e ch., 3^e sect., 28 novembre 2007, n° 06/08916 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 28 novembre 2007, n° 06-19.405, Bull. civ. I, n° 372 ; JCP 2008. I. 125, n° 7, obs. STOFFEL MUNCK ; D. 2008. 2894. obs. BRUN ; RTD civ. 2008. 679, obs. JOURDAIN ;

TGI Paris, 7 décembre 2007 : www.legalis.net, *Affaire Google* ;

TGI Paris, 14 décembre 2007, *Kenzo c/ eBay* ;

Cass. Com., 12 février 2008, n° 06-17.501, *Sté La Fermière* : JurisData n° 2008-042743 ; D.2008, p. 2573, PICOD ;

Cass. crim., 18 mars 2008 : JurisData n° 2008-043453 ; Dr. pén. 2008, comm. 70, obs. ROBERT ;

Cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008, n° 07-11.251, *SPCEA* : JurisData n° 2008-043507 ;

Cass. Com., 8 avril 2008, n° 06-10.961, *Esso* : JurisData n° 2008-043528 ;

Cass. crim., 15 avril 2008 : JurisData n° 2008-01109 ;

- CA Colmar, 1^{re} ch. B, 7 mai 2008, *SA SC GALEC - Groupement d'achat des centres Leclerc C/SAS Univers pharmacie* : JurisData n° 2008-360713 ;
- TGI Paris, 30 mai 2008 ; TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 30 mai 2008, n° 08/02005, FFT c/ Expekt ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n° 07-14277, Bull. civ. I n° 177, comm. com. electr. 2008, comm. 102, note CARON ;
- TI Poitiers, 20 juin 2008, *James G. c/ Gaz de France* ;
- T. com. Paris, 30 juin 2008, *Christian Dior Couture* : JurisData n° 2008-364501 ; JCP G 2008, II, 10168, note VUITTON ; T. com. Paris, 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier* ;
- Cass. Com., 1^{er} juillet 2008, n° M 07-15.839, F-D, *Société UCAR et a. c/ société ADA* : JurisData n° 2008-044709 ;
- CA Paris, 12 septembre 2008, n° 05-15-716, n° 05-15-717, n° 05-15-719, n° 05-15-720, n° 05-15-721, n° 05-15-722, n° 05-15-723 et n° 05-15-733, JCP E 2008. 2253, note BANDON-TOURRET et GORNY ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 16 octobre 2008, n° 07-12.147, Bull. civ. I, n° 232 ; JCP E 2008. 2398 ;
- Cass. Crim. 4 novembre 2008, RTD com. 2009. 473, obs. BOULOC ; CCC 2009, n° 65, obs. RAYMOND ; Dr. pénal 2009, n° 24, obs. ROBERT ;
- Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 2008, n° 07-15.000, inédit : JurisData n° 2008-045832 ;
- CA Lyon, Ch corr. 7, 29 novembre 2008, JurisData : 2008-371645 ;
- Cass. com., 2 décembre 2008, , n° 07-19.861 : JurisData n° 2008-046120 ;
- Cass. com., 27 janvier 2009, n° 07-15-971, CCC 2009, n° 78, note MALAURIE-VIGNAL ;
- Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2009, n° 07-11.729, Martel : JurisData n° 2009-046749 ; JCP G 2009, act.80, obs. CORNUT ;
- CA Versailles, réf., 14^e ch., 11 février 2009, RG n° 08/00113 : Comm. Com. Electr. 2009, comm. 89 ;
- CA Douai, ch. corr. 6, 12 mars 2009, n° 07/03151 : JurisData n° 2009-006691 ;
- Cass. Crim., 24 mars 2009, RTD com. 2009. 637, obs. BOULOC ; JCP E 2009, n° 26, p. 24, note ROBERT ; CCC 2009, n° 235, obs. RAYMOND ; Dr. pénal 2009, n° 84, obs. ROBERT ;
- CA Paris, 14 mai 2009, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 25, 18 Juin 2009, act. 299, ROSKIS ;
- CA Grenoble, 8 septembre 2009, n° 08/01170 : JurisData n° 2009-017162 ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 8 octobre 2009, n° 08-14.405 ;
- CA Paris, 14 octobre 2009 ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 14 oct. 2009, n° 08/19179, FFT c/ Unibet : www.legalis.net ;
- TGI Paris 16 octobre 2009 : RLDI janvier 2010, n° 1853 ;
- TGI Paris, 26 novembre 2009 : RLDI janvier 2010, n° 1852 ;
- Cass. Civ. 2^e, 17 décembre 2009, n° 09-11.847 : JurisData n° 2009-050773 ;
- CA Paris, 16 février 2010, RG n° 09/12380 ;
- Cass. Civ. 2^e, 8 avril 2010 (n° 09-11168) ;

CA Toulouse 28 avril 2010 : RLDI juin 2010, n° 2016 ; TARDIEU-GUIGUES, JCl. Com. fasc. 805, n° 129 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 6 mai 2010, pourvoi n° 08-14461, inédit, RTD civ. 2010. 580, obs. GAUTIER ; D. 2011. Pan. 472, obs. AMRANI MEKKI ; JCP 2010.30.922, obs. LABARTHE ; RDC n° 4, 2010, obs. MAZEAUD ; Dr et patr. 2011.200, obs. STOFFEL-MUNCK ;

CA Paris, 19 mai 2010 : RLDI juin 2010, n° 2018 ;

Cass. com., 13 juillet 2010, pourvois n°s 09-15304 et 09-66970 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 28 octobre 2010 : Bull. civ. I, n° 215 ; D. 2010. Actu. 2580, obs. DELPECH ; D. 2011. Pan. 2898, obs. GELBARD-LE DAUPHIN ; RDI 2010. 616, obs. MALINVAUD ; JCP E 2011, n° 1438, note BUCHER ; CCC 2011, n° 1, obs. LEVENEUR ; Gaz. Pal. 2011. 294, obs. HOUTCIEFF ; Defrénois 2010. 2309, note RABU ; RLDC janvier 2011.12, obs. PAULIN ;

TGI Paris, 3^e ch, 2^e Sect., 29 octobre 2010, *SNCF C/ BENOIT M* ;

Cass. Civ. 1^{re}, 15 novembre 2010, n° 09-11161, Bull. Civ. I, n° 232 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-13.303 : JCP G 2011, 140, note JUVÉNAL ; D. 2011, p.423, note LICARI ;

CA Paris, 8 déc. 2010, n° 09/03571 ;

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 21 janvier 2011, n° 09/20261 : JurisData n° 2011-004688 ;

Cass. Civ. 1^{re}, 3 février 2011 : Bull. civ. I, n° 23 ; BICC 1^{er} juin 2011, n° 724, et les obs. ; D. 2011. 1659, note CHANTEPIE ; ibid. Actu. 510, obs. DELPECH ; RTD civ. 2011. 350, obs. FAGES ; RTD com. 2011. 404, obs. BOULOC ; JCP 2011, n° 414, note PAISANT ; JCP E 2011, n° 1285, note DUPONT ; CCC 2011, n° 102, obs. RAYMOND ; Gaz. Pal. 2011. 2864, note PIEDELIÈVRE ; LPA 13 mai 2011, note FALAISE ; RJDA 2011, n° 468 ; Dr. et proc. 2011. 145, note VALETTE-ERCOLE ; RLDA mars 2011. 41, obs. LECOURT ; RLDC avril 2011. 11, obs. PAULIN ; Loyers et copr. 2011. Repère 3, par MONÉGER ; Rev. loyers 2011. 109, note RÉMY ;

Cass. Com., 8 février 2011, n° 10-11896 ; Bull. Civ. IV, n° 20 ;

Cass. Com., 27 avril 2011, n° 10-15.648 ;

CA Versailles, 5 mai 2011 : D. 2011. Pan. 2968, obs. PICOD ; JCP 2011, n° 1081, note STOFFEL-MUNCK ; CCC 2011, n° 203, obs. RAYMOND ; CCE 2011. Étude 21, par STOFFEL-MUNCK ; Gaz. Pal. 2011. 2929 ; RJDA 2011, n° 968 ;

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 mai 2011, *Google France c/ Cobrason, Home Ciné Solutions* : www.legalis.net ;

Cass. Civ. 3^e, 18 mai 2011, n° 10-11.721, RDC 2011/4, p. 1139, obs. GENICON ; RLDC 2011/84, n° 4296, obs. PAULIN ; JCP 2011, n° 22, obs. SERINET ;

Cass. Com. 7 juin 2011, 2579, note CARTIER-FRÉNOIS ; CCC 2011, comm. 208, obs. LEVENEUR ;

Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 2011, n° 10-10.800, FS-P+B+I, *UFC Que Choisir c/ Darty* : Juris-Data n° 2011-021022 ;

Cass. Com. 29 novembre 2011, n° 10-27.402, Bull. civ. IV, n° 195 ; D. 2011. 2989, 2012. 840, obs. SAUPHANOR- BROUILLAUD, et 2760, obs. PICOD ; RTD eur. 2012. 503, obs. ADALID, et 507, obs. RIAS ; Propr. ind. 3/2012, n° 28, obs. LARRIEU ;

- CA Paris, 10 février 2012, RG n° 10/23711, Cinq-Huitièmes (titulaire de la marque « Eden Park ») c/ TNT : JurisData n° 2012-004581 ;
- Cass. Com., 21 février 2012, 10-27.966, Inédit ;
- CA Montpellier, 22 mars 2012, *Ministère Public c/ R.T* ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 5 avril 2012, 10-27.373, Inédit ;
- CA Paris, 13 avril 2012 : CCC 2012, n° 219, obs. RAYMOND ;
- Cass. Crim., 15 mai 2012, 11-83.301, 3018, Inédit, JurisData : 2012-014335 ;
- Cass. Com. 15 mai 2012, D. 2012. 2285, note DONDERO, Rev. soc. 2012. 620, note STOFFEL-MUNCK, JCP 2012, 6004, obs. STOFFEL-MUNCK, RTD civ. 2013, 85, obs. HAUSER ;
- Cass. Com., 12 juin 2012, 11-19.373, Inédit ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : Bull. civ. I, n° 170 ; D. 2012. Chron. C. cass. 2051, obs. CRETON ; ibid. Pan. 2354, obs. LE STANC ; ibid. Actu. 1951, obs. DELPECH ; RTD com. 2012. 835, obs. BOULOC ; JCP E 2012, n° 1531, note BAZIN ; CCC 2012, n° 268, obs. RAYMOND ; CCE 2012, n° 111, obs. LOISEAU ; LPA 15-17 août 2012, note LEGRAND ; Gaz. Pal. 2012. 2155, avis PETIT, note POISSONNIER ; ibid. 2799, obs. PIEDELIÈVRE ; RJDA 2012, n° 903 ; RLDA nov. 2012. 34, note BASCOULERGUE ; RDLC 2012, n° 4, p. 104, obs. MESA ;
- Cass. Com., 25 septembre 2012, 11-18.110, Inédit ;
- CA Reims, 13 novembre 2012, SA Atol et autres c/ SAS Hans Anders France : JurisData n° 2012-029444, CCC 2013, comm. 69, obs. RAYMOND ;
- Cass. Crim., 20 novembre 2012, 11-89.090, 6960, JurisData : 2012-029118 ;
- Cass. Com. 4 décembre 2012, n° 11-27.729, Bull. civ. IV, n° 221 ; D. 2012. 2956, obs. MANARA, et 2013. 2487, obs. TRÉFIGNY ; CCE 2013. Comm. 14, obs. LOISEAU ;
- Cass. Com, 29 janvier 2013, *Solutions / Google, Cobrason*, 11-21.011, 11-24.713, 94, JurisData : 2013-001148, www.legalis.net ;
- Cass. CIV. 1^{re}, 6 février 2013, 12-10.251, 87, Inédit, JurisData : 2013-001773 ;
- Cass. Com., 14 mai 2013, n° 12-15.534, F-D, SAS Sogelink c/ SARL Sig-Image : JurisData n° 2013-009527, CCC 2013, comm. 182, obs. MALAURIE VIGNAL ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, 12-16.647, 561, JurisData : 2013-010989 ;
- Cass. Com., 10 septembre 2013, n° 12-19.356, D. 2013. 2165, obs. CHEVRIER ; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence YVES SERRA ; D. avocats 2013. 359, obs. DARGENT ; *ibid.* 417, chron. PIAU ; CCC 2013. Comm. 237, obs. MALAURIE-VIGNAL ; Concurrences 1-2014, p. 100, obs. R. M. ; JCP 2013. 1203, note J.-M. BRIGANT ;
- Cass. Com., 10 septembre 2013, 12-24.380, Inédit ;
- Cass. Soc. 25 septembre 2013, nos 12-20.157, 11-20.948, 12- 12.883 et 12-13.307, Dalloz actualité, 8 octobre 2013, obs. FRAISSE ;
- CA Paris, 28 novembre 2013, n° 10/17538, SAS Senior et Compagnie Bleu Bonheur c/ Yves M. : JurisData n° 2013-028046, CCC 2014, comm. 82, obs. RAYMOND ;
- Cass. Civ. 2^e, 12 décembre 2013, 12-29.360, Inédit ;
- Cass. com., 21 janvier 2014, 12-25.443, F-D, Sté éts L. Marchetto c/ SAS Revival : JurisData n° 2014-000659 ;

- Cass. Civ. 1^{re}, 22 janvier 2014, n° 12-20.982, FS-D, Laurent G. c/ Sté Darty et fils : JurisData n° 2014-000720, Comm. Com. Electr, Avril 2014, comm. 37, obs. LOISEAU ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 5 février 2014, n° 12-25.748 (n° 117 F-P+B+I) ;
- CA Paris, pôle 5, ch. 5, 27 février 2014, n° 2010/18285, Doux Aliments Bretagne et autres c/ Ajiomoto Eurolysine et autres ;
- Cass. Com., 11 mars 2014, 12-29.434, Inédit, JurisData : 2014-004482 ;
- Cass. Soc. 2 avril 2014, n° 12-29.825, Dalloz actualité, 2 mai 2014, obs. FRAISSE ;
- Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-12.102, FS-P+B, FFR c/ Sté Auto Picardie et alii : JurisData n° 2014-010678, CCC 2014, obs. 191, MALAURIE-VIGNAL ;
- Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-17.200, Sté Eptimum c/ Sté Kaspersky Lab France : JurisData n° 2014-010966 ;
- CA Paris, 21 mai 2014, n° 12/01417, AJCA 2014, p. 290, note FOURGOUX ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 4 juin 2014, Florian K. c/ Sté Dell n° 13-16.733, F-D : JurisData n° 2014-012260, CCC 2014, obs. 234, RAYMOND ;
- CA Paris, 5 juin 2014, *UFC Que Choisir c/ SAS Hewlett Packard France* : JurisData n° 2014-017355, CCC 2014, n° 285 obs. RAYMOND ;
- Cass. Com., 24 juin 2014, n° 11-27.450 (F-P+B), AJCA 2014, p.287, note JÉGOUX ;
- Cass. Crim. 9 septembre 2014, n° 13-85.927, JurisData : 2014-021043, CCC 2014. Comm. 283, obs. RAYMOND ;
- Cass. Crim., 18 novembre 2014, Arrêt n° 5762 (13-88.240) ECLI :FR :CCASS :2014 :CR05762 ;
- Cass. Com., 20 janvier 2015, pourvoi n° 11-28.567, 64, www.legifrance.gouv.fr ;
- Cass. Crim., 27 janvier 2015, 14-80.220, 7809, Publié au Bulletin, JurisData : 2015-001094 ;
- Cass. Com., 3 mars 2015, 13-25.055, Inédit, JurisData : 2015-007563 ;
- Cass. Civ. 1, 19 mars 2015, (13-27.414), ECLI :FR :CCASS :2015 :C100305 ;
- T. com. Paris, 15^e ch., 30 mars 2015, n° 2012/000109, DKT c/ Éco-Emballages et Valorplast ;
- Cass. Com., 31 mars 2015, 13-21.300, Publié au bulletin, ECLI :FR :CCASS :2015 :CO00345, JurisData : 2015-007085 ;
- Cass. Com, 9 juin 2015, 14-11.242, Inédit, ECLI :FR :CCASS :2015 :CO00572, JurisData : 2015-014136 ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 17 juin 2015, 14-17.009, Inédit, ECLI :FR :CCASS :2015 :C100691 ;
- Cass. Civ. 1^{re}, 17 juin 2015, 14-11.437, Publié au bulletin, ECLI :FR :CCASS :2015 :C100451, JurisData : 2015-014584.

Autres décisions.

Allemagne.

BGH, 9 mars 1989, BGZH 107, p.117 ;
 BGH, 6 mars 1998, BGHZ 138, p.160 ;
 BGH, 20 octobre 1999, I ZR 167/97, « ORIENT TEPPISCHMUSTER » ;
 BGH, 20 décembre 2001, I ZR 215/98.

Australie.

Australand Holdings Ltd. v. Transparency and Accountability Council Inc. [2008] N.S.W.S.C. 699 ;
Coloca v. BP Australia Ltd. [1992] (A. Torts Rep.) 81-153 ;
Commercial Bank of Australia Ltd. v. Amadio [1983] 46 ALR 402 ;
Commissioner of State Revenue v. Royal Insurance Australia Ltd. (1994) 126 ALR 1 ;
Commonwealth Commercial Banking v. Brown 126 C.L.R. [1972] 337 ;
Copyright Agency v. Haines, [1983] 1 N.S.W.L.R. 182 ;
Gipps v. Gipps [1978] 1 N.S.W.L.R. 454 ;
Lamb v. Cotogno [1987] 164 CLR 1 ;
Mason v. New South Wales (1959) 102 CLR 108.

Canada.

A.I. Entreprises Ltd. 2014 SCC 12 ;
Air Canada v. British Columbia (1989) 59 DLR (4th) 161, 193-194 ;
Andrews v. Grand and Toy Alberta Ltd. [1978] 83 DLR (3d) 452 ;
Barber 2010 ONCA 570 ;
Bhasin v. Hrynew, 2014 SCC 71 ;
BMW Canada, Inc. v. Nissan Canada, Ind., [2007] FCJ n° 991, p 30 (Can. Ont.) ;
Cellular Rental v. Bell Mobility Cellular Inc., (1994), 116 D.L.R. (4th) 514, 56 C.P.R. (3d) 251, [1994] O.J. No. 1272, 1994 CarswellOnt 881 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)) ; rev'd (1995), 23 O.R. (3d) 766, 123 D.L.R. (4th) 742, 82 O.A.C. 203, 21 B.L.R. (2d) 91, 39 C.P.C. (3d) 86, 61 C.P.R. (3d) 204, [1995] O.J. No. 1535, 1995 CarswellOnt 539 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)) ;
Central Canada Potash Co. Ltd. v. Govt. of Saskatchewan [1978] 88 D.L.R. 609, p 640 ;
Cheticamp Fisheries Co-Operative v. Canada, [1995] 139 N.S.R. 121 ;
Fairhurst v. Anglo American PLC, 2014 BCSC 2270 (CanLII) ;
Geffen v. Goodman Estate [1991], 81 DLR (4th) 221 (SCC) ;
Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce, 2014 ONCA 90 ;
Gutheil v. Caledonia N° 99 R.M., [1964], 48 DLR (2d) 628 at 635 ;
Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers Union (1972), 24 D.L.R. 3d 585, 620 ;
Morrison v. Burton [1955], 15 WWR 667 at 671 (Alta. S.C.) ;

Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco of Canada Ltd. [1985] 19 DLR (4th) 90 ;
Paris v. Machnik [1973] 32 DLR (3d) 723 ;
R. v. Dawood [1976] 1 WWR 262 (Alta. CA) ;
R. v. Steinberg's Ltd. [1977], 80 DLR (3d) 741 (Ont. Prov. ct.) ;
Red Label Vacations Inc. (redtag.ca) v. 411 Travel Buys Limited, 2015 FC 19 ;
Snell v. Farrell [1990] 72 D.L.R. (4th) 289 (S.C.C.) ;
Vancouver Community College v. Vancouver Career College (Burnaby) Inc., 2015 BCSC 1470 (CanLII).

Nouvelle-Zélande.

Customglass Boats [1976] 1 N.Z.L.R. 36 ;
McLaren Transport Ltd. v. Somerville [1996] 3 NZLR 424 ;
Nichols v. Jessup [1986] NZLR 226, CA ;
Tots Toys v. Mitchell [1993] 1 NZLR 325 ;
Van Camp Chocolates v. Aulsebrooks, [1984] 1 N.Z.L.R. 354 (C.A.).

Singapour.

Novelty Pte. Ltd. v. Amanresorts Ltd. [2009] FSR 20, CA of Singapore.

Table des matières

Principales abréviations.	3
Introduction générale.	7
Partie I : L'INTERDICTION DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES.	30
Titre I Le champ d'application : les pratiques commerciales.	37
Chapitre 1 Le champ d'application <i>ratione materiae</i>	39
Section 1 Les délimitations expresses.	40
§1 L'exclusion des règles d'application.	40
I Le droit des contrats	40
II La compétence des tribunaux	43
A Les règles de compétence européenne	43
B Les règles de compétence internationale	45
1 La juridiction compétente	45
2 La loi applicable	48
§2 Les domaines expressément exclus.	50
I La santé et la sécurité	50
II Les conditions d'accès ou d'établissement à certaines professions	51
III Les dispositions spécifiques à certains domaines	52
Section 2 Le nouveau concept européen de pratiques commerciales.	54
Section 3 La notion de produit.	60
Chapitre 2 Le champ d'application <i>ratione personae</i>	62
Section 1 L'entreprise (ou professionnel) auteur exclusif.	64
Section 2 La multiplicité de victimes.	69
§1 Le consommateur victime directe.	69
I La notion de consommateur <i>stricto sensu</i>	70
II L'élargissement possible de la notion de consommateur	72
III Le consommateur moyen, référence de test	74

	A	Le consommateur moyen généralement entendu	74
	B	Le consommateur moyen au sein d'un groupe identifié	75
§2		Le concurrent loyal victime par ricochet.	79
I		Les actes déloyaux constitutifs de pratiques commerciales déloyales	83
	A	Le dénigrement	84
	B	L'imitation	84
	C	La désorganisation	85
	D	Les parasitismes et agissements parasitaires	85
II		Les pratiques commerciales déloyales constitutives d'actes déloyaux	86
Titre II		Le champ d'interdiction : les pratiques commerciales déloyales.	90
Chapitre 1		Les pratiques commerciales agressives ou trompeuses.	91
Section 1		Les pratiques commerciales agressives.	92
§1		L'approche européenne à l'aune du droit états-unien.	92
I		Les pratiques commerciales réputées agressives en toutes circonstances	93
II		Les pratiques commerciales pouvant être qualifiées d'agressives	100
	A	L'élément matériel des faits constitutifs	100
	1	Le harcèlement	101
	2	La contrainte	110
	3	L'influence injustifiée	112
	B	L'élément moral des faits constitutifs	117
§2		L'approche de la <i>common law</i>	119
I		<i>Unlawful means tort</i>	119
	A	Historique	119
	B	Éléments constitutifs	120
	1	L'utilisation de moyens illégaux	121
	2	L'intention	122
	3	Le préjudice	123
II		<i>Intimidation tort</i>	124
Section 2		Les pratiques commerciales trompeuses.	127
§1		L'approche européenne à l'aune du droit états-unien.	127
I		Les pratiques commerciales trompeuses en toutes circonstances	128
II		La réglementation de la publicité	141
	A	Le principe de liberté de la publicité	141

	1	Publicité commerciale et liberté du commerce et de l'industrie	142
	a	La liberté d'établissement	142
	b	La liberté de circulation	143
	2	Publicité commerciale et liberté d'expression	148
B		Les aménagements du principe	150
	1	Les réglementations sectorielles	150
	a	Les produits et services réglementés	151
	b	Les activités commerciales réglementées	162
	c	Les supports publicitaires réglementés	162
	2	Les réglementations générales	168
	a	La réglementation de la publicité comparative	168
	b	La réglementation de la publicité trompeuse	172
III		De la publicité trompeuse aux pratiques commerciales trompeuses	175
	A	Les pratiques commerciales trompeuses par action	179
	1	La liste des éléments ne devant pas être trompeurs	179
	2	Les pratiques commerciales trompeuses au sens strict	201
	3	Les pratiques commerciales trompeuses par induction en erreur	202
	B	Les pratiques commerciales trompeuses par omission	204
	1	Les clauses générales	204
	2	Les informations requises lors d'une invitation à l'achat	206
	a	Le cadre de l'invitation à l'achat	206
	b	La liste d'informations	208
	3	Les informations prévues par le droit européen	212
§2		L'approche de la <i>common law</i>	214
I		Le <i>Tort of deceit</i>	214

	A	Le <i>deceit</i> classique	215
	1	Une déclaration fausse	216
	2	Une déclaration faite de manière malhon- nête	219
	3	Une déclaration censée être écoutée . . .	221
	4	Une déclaration matériellement suivie . .	223
	B	La <i>promissory fraud</i>	224
II		Le malicious falsehood	225
	A	Un mensonge	226
	B	Un mensonge publié de manière malveillante	227
	C	Une publication créatrice de préjudice	229
III		Le <i>passing off</i>	235
	A	Présentation générale	235
	B	La qualification du <i>tort</i> par la <i>Classic Trinity</i>	239
	1	La présentation fausse	239
	a	La présentation fausse à propos de la source du produit	239
	b	La présentation fausse à propos du produit	246
	2	L'élément attractif de clientèle	248
	3	L'atteinte à l'élément attractif de clientèle	248
Chapitre 2		Les autres pratiques commerciales déloyales.	251
Section 1		L'approche européenne à l'aune du droit états-unien.	253
	§1	Un cadre strict imposé par la directive.	254
	I	Une pratique contraire aux exigences de la diligence professionnelle	254
	A	Les pratiques honnêtes de marché	258
	B	Le principe général de bonne foi	259
	II	Une pratique altérant le comportement des consom- mateurs visés	260
	A	L'analyse macroscopique de l'altération ef- fectuée par l'article 5.2.b)	260
	B	L'analyse microscopique de l'altération ef- fectuée par l'article 2.e)	263
	1	La compromission sensible d'une prise de décision en connaissance de cause	263
	2	La prise de décision commerciale qui n'au- rait pas été prise autrement	264
	§2	Un cadre élargi offert aux États membres.	264
Section 2		L'approche de la <i>common law</i>	277

§1	La méconnaissance de la théorie générale de concurrence déloyale.	277
§2	<i>L'inducing breach of contract.</i>	283
I	Une persuasion directement dirigée vers une partie au contrat	285
A	L'avis insuffisant	285
B	La nécessité d'un tiers inducteur	286
II	La connaissance et l'intention d'induire la violation du contrat	287
III	Le nécessaire dommage	288
§3	Le rattachement de l'entente aux pratiques commerciales déloyales.	290

Partie II : LA RÉACTION DU DROIT COMMUN À L'ÉGARD DES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES. 299

Titre I	Le droit des contrats.	310
Chapitre 1	L'offre et l'acceptation comme conditions de formation du contrat. . . .	320
Section 1	L'offre.	321
Section 2	L'acceptation.	328
§1	Les conditions de fond.	328
I	Une acceptation complète	328
II	Une acceptation pure et simple	328
III	Une acceptation conforme à l'offre	329
§2	Les conditions de forme.	330
I	Le principe du consensualisme	330
II	Le régime particulier du silence	331
Chapitre 2	Le consentement comme condition de validité du contrat.	335
Section 1	L'intégrité du consentement.	338
§1	L'erreur.	338
I	L'erreur sur la substance de la chose du contrat	344
II	L'erreur sur la personne du cocontractant	346
§2	La violence.	347
I	Une menace	348
II	Une menace déterminante	349
III	Une menace illégitime	350
§3	Le dol.	353
I	Une manœuvre déloyale	355
II	Opérée par un cocontractant	362
III	Dans le but de tromper	363

Section 2	La lucidité du consentement.	367
§1	L'obligation d'information.	368
§2	Le respect des signes distinctifs.	374
Chapitre 3	La sanction de l'irrespect du droit contractuel.	376
Section 1	L'anéantissement après réflexion.	378
Section 2	La suppression des clauses abusives.	381
Section 3	L'annulation du contrat.	387
Titre II	Le droit extracontractuel.	392
Chapitre 1	Les fondements de la responsabilité.	393
Section 1	La faute.	394
§1	Le principe général de responsabilité de droit civil.	394
§2	Le <i>tort</i> de <i>common law</i>	401
Section 2	Le lien de causalité.	410
Section 3	Le dommage.	418
§1	La distinction entre dommage et préjudice.	418
§2	Les différents types de dommages considérés.	421
I	Le dommage patrimonial	422
II	Le dommage extrapatrimonial	425
III	Le dommage « social »	431
A	Le trouble commercial	432
B	Le dommage collectif des consommateurs	433
Chapitre 2	L'effet de la responsabilité.	435
Section 1	L'indemnisation.	438
§1	L'existence d'un préjudice.	438
I	Les caractères du préjudice indemnisable	438
II	Les aménagements apportés par la théorie de la concurrence déloyale	445
III	L'approche anglo-américaine	446
§2	La connaissance du préjudice.	447
I	La nécessité d'une information des victimes	447
II	La nécessité d'une action ouverte	449
A	L'action dans l'intérêt individuel d'un consommateur	449
B	L'action dans l'intérêt collectif des consommateurs	450
C	L'action dans les intérêts individuels d'un groupe de consommateurs	452
§3	L'évaluation du préjudice.	461
I	La considération du risque	461
II	La notion de perte de chance	463

III	Les difficultés quant au <i>quantum</i>	465
A	L'expertise	467
B	Le « prix des larmes »	468
Section 2	L'absorption des gains.	472
Section 3	La punition.	485
Conclusion générale.		505
Annexe.		517
Directive 2005/29/CE		518
Index alphabétique.		537
Bibliographie.		541
Ouvrages, traités, manuels et thèses.		542
Études, articles et chroniques.		563
Jurisprudences et notes.		608
Décisions américaines.		608
Affaires fédérales.		608
Affaires étatiques.		612
Décisions anglaises.		623
Décisions européennes.		631
Cour de Justice de l'Union européenne.		631
Cour Européenne des Droits de l'Homme.		635
Décisions espagnoles.		636
Décisions françaises.		637
Autres décisions.		650
Allemagne.		650
Australie.		650
Canada.		650
Nouvelle-Zélande.		651
Singapour.		651
Table des matières.		652

Résumé

Économiquement et politiquement, la société occidentale est menée par deux ensembles que sont l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique. D'un point de vue juridique, cette distinction répond à une autre qu'est celle entre les États de tradition romano-germanique et ceux de *common law*.

Aujourd'hui, cette distinction s'estompe tant ces deux systèmes juridiques se confondent. Sur la forme d'abord, les droits de *common law* recourent de manière croissante aux droits statutaires, et inversement les droits continentaux laissent une place grandissante à la jurisprudence et notamment à celle de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Sur le fond ensuite, ces deux systèmes juridiques et leurs pendants économiques s'unifient autour d'une économie de marché qu'ils souhaitent protéger des comportements nuisibles aux consommateurs, aux concurrents, et donc *in fine* au marché lui-même. Or, cette protection nécessite, notamment, d'imposer une loyauté lors de l'emploi de pratiques commerciales par des professionnels vis-à-vis de consommateurs.

C'est pourquoi, le 11 mai 2005, a été promulguée une directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs qui harmonise de façon maximale la qualification de ces pratiques sans traiter de leur régime juridique.

Dès lors, il semble nécessaire de comparer les systèmes européen et anglo-américain, notamment par la considération de la théorie des *economic torts*, afin d'étudier si ces derniers pourraient s'enrichir l'un de l'autre.

Il sera ainsi démontré que si la qualification poursuit les mêmes raisonnements, la réaction face à de tels comportements est quant à elle plus nuancée.

Mots-clés: droit comparé, droit de la consommation, droit de la concurrence, pratiques commerciales, concurrence déloyale, publicité, acte délictuel, responsabilité civile, action privée, justice corrective.

Abstract

Economically and politically, the Western society is led by two main sets which are the European Union and the United States of America. Juridically, this distinction matches with a more general one which can be observed between traditional romano-germanic states and those submitted to the common law.

Nowadays, this distinction tends towards disappearance because of the intermingling of these two legal systems. Indeed, regarding the form first, common law states resort more and more to statutory laws, and conversely, traditional romano-germanic laws leave a growing room for the case law, and especially, for the jurisprudence of the European Court of Justice.

In substance then, because those two legal systems correspond to two economic systems unified around a market economy. They want to protect it against damaging behaviours for consumers, competitors, and in fine for the market itself.

But this protection requires in particular to order fairness during the use of business-to-consumer commercial practices.

That is why, the European Parliament and the Council, announced a directive concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, which contains maximum harmonisation provisions about unfair commercial practices, but without provisions about their juridical regime.

Then, it seems necessary to compare the European system with the American one, especially with the consideration of the theory of the economic torts, in order to study if these two can enrich each other.

So, it will be demonstrated that if the classification follows the same arguments on either side of the Atlantic, the responses to those behaviours are more contrasted.

Keywords: comparative law, consumer law, competition law, commercial practices, unfair competition, advertising, torts, civil liability, private enforcement, corrective justice.